

UNIVERSITY OF ALEXANDRIA

Bibliotheca Alexandrina



0173184

الجزء الثالث من :

المختصر

لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى

باب زكاة الذهب والفضة

وهي واجبة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب . فقوله تعالى : (٩ : ٣٤) والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم (الآية) . ولا يتوعد بهذه العقوبة إلا على ترك واجب .

وأما السنة : فاروى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما من صاحب ذهب ولا فضة لا يؤدي منها حقها إلا إذا كان يوم القيامة صفحت له صفائح من نار فأحمى عليها في نار جهنم . فيكوى بها جنبه وجهه وظهره ، كلما بردت أعيدت عليه ، في يوم كان مقداره خمسين ألف سنة حتى يقضى الله بين العباد ، أخرجه مسلم ، وروى البخاري وغيره في كتاب أنس : « وفي الرقة ربع العشر . فإن لم يكن إلا تسعين ومائة فليس فيها شيء إلا أن يشاء ربها ، والرقة هي الدراهم المضروبة وقال النبي صلى الله عليه وسلم : ليس فيما دون خمس أواق صدقة ، متفق عليه . وأجمع أهل العلم على أن في مائتي درهم خمسة دراهم ، وعلى أن الذهب إذا كان عشرين مثقالا وقيمته مائتا درهم . أن الزكاة تجب فيه إلا ما اختلف فيه عن الحسن :

« مسألة ، قال أبو القاسم (ولا زكاة فيما دون المائتين ، إلا أن يكون في ملكه ذهب أو عروض للتجارة . فيتم به) .

وجملة ذلك : أن نصاب الفضة مائتا درهم . لا خلاف في ذلك بين علماء الإسلام وقد بيّفته السنة التي روينها بحمد الله ، والدراهم التي يعتبر بها النصاب : هي الدراهم التي كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل بمثقال الذهب ، وكل درهم نصف مثقال وخمسه ، وهي الدراهم الإسلامية التي تقدر بها نصب الزكاة ومقدار الجزية والديات ، ونصاب القطع في السرقة وغير ذلك . وكانت الدراهم في صدر الإسلام صنفين سوداً وطبرية ، وكانت السود : ثمانية دنانير ، والطبرية . أربعسة دنانير ، فجمعاً في :

الإسلام ، وجعلنا درهمين متساويين ، في كل درهم ستة دنانير فعل ذلك بنو أمية ، فاجتمعت فيها ثلاثة أرواح . أحدها . أن كل عشرة وزن سبعة ، والثاني : أنه عدل بين الصغير والكبير ، والثالث ؛ أنه موافق لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ودرهمه الذي قدر به المقادير الشرعية ولا فرق في ذلك بين التبر والمضروب ومتى نقص النصاب عن ذلك : فلا زكاة فيه ، سواء كان كثيراً أو يسيراً . هذا ظاهر كلام الحرق ، ومذهب الشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر . لظاهر قوله عليه السلام ليس فيما دون خمس أواق صدقة ، والأوقية أربعون درهماً بغير خلاف . فيكون ذلك مائتي درهم . وقال غير الحرق من أصحابنا : إن كان النقص يسيراً كالجبة والحبتين وجبت الزكاة . لأنه لا يضبط غالباً . فهو كمنقص الحول ساعة أو ساعتين ، وإن كان نقصاً بيناً كالدينار . والدينارين فلا زكاة فيه .

وعن أحمد : أن نصاب الذهب إذا نقص ثلث مثقال زكاة ، وهو قول عمر بن عبد العزيز وسفيان ، وإن نقص نصفاً لا زكاة فيه . وقال أحمد في موضع آخر : إن نقص ثمناً لا زكاة فيه اختاره أبو بكر . وقال مالك : إذا نقصت نقصاً يسيراً يجوز جواز الوازنة وجبت الزكاة لأنها تجوز جواز الوازنة . أشبهت الوازنة ، والأول ظاهر الخبر . فيلزم أن لا يعدل عنه .

فأما قوله : إلا أن يكون في ملكه ذهب أو عروض للتجارة فيتم به ، فإن عروض التجارة تضم إلى كل واحد من الذهب والفضة ويكمل به نصابه . لا نعلم فيه اختلافاً . قال الخطابي ولا أعلم عامتهم اختلفوا فيه . وذلك ، لأن الزكاة إنما تجب في قيمتها ، فتقوم بكل واحد منهما ، فتضم إلى كل واحد منهما . ولو كان له ذهب وفضة وعروض وجب ضم الجميع بعضه إلى بعض في تكميل النصاب ، لأن العروض مضموم إلى كل واحد منهما فيجب ضمهما إليه وجمع الثلاثة .

فأما إن كان له من كل واحد من الذهب والفضة ما لا يبلغ نصاباً بمفرده ، أو كان له نصاب من أحدهما وأقل من نصاب من الآخر . فقد توقف أحمد عن ضم أحدهما إلى الآخر في رواية الأثرم وجماعة . وقطع في رواية حنبل : أنه لا زكاة عليه حتى يبلغ كل واحد منهما نصاباً ، وذكر الحرق فيه روايتان في الباب قبله : إحداهما : لا يضم . وهو قول ابن أبي ليلى ، والحسن بن صالح ، وشريك ،

والشافعي ، وأبي عبيد ، وأبي ثور . واختاره أبو بكر عبد العزيز ، لقوله عليه السلام : ليس فيما دون خمس أواق صدقة ، ولأنهما مالان يختلف نصابهما فلا يضم أحدهما إلى الآخر كأجناس الماشية ، والثانية : يضم أحدهما إلى الآخر في تكميل النصاب . وهو قول الحسن ، وقتادة ، ومالك ، والأوزاعي ، والثوري وأصحاب الرأي . لأن أحدهما يضم إلى ما يضم إليه الآخر ، فيضم إلى الآخر كأنواع الجنس ، ولأن نفعهما واحد ، والأصول فيهما متحدة . فإنهما قيم المتلفات وأروش الجنائيات ، وأمان البياعات ، وحل لمن يريد هما لذلك . فأشبه النوعين . والحديث مخصوص بعرض التجارة فتقيس عليه ، فإذا قلنا بالضم ، فإن أحدهما يضم إلى الآخر بالأجزاء ، يعني أن كل واحد منهما يحتسب من نصابه . فإذا كملت أجزاؤهما نصابا وجبت الزكاة ، مثل أن يكون عنده نصف نصاب من أحدهما ، ونصف نصاب أو أكثر من الآخر ، أو ثلث من أحدهما ، وثلثان أو أكثر من الآخر . فلو ملك مائة درهم وعشرة دنانير أو مائة وخمسين درهما وخمسة دنانير ، أو مائة وعشرين درهما وثمانية دنانير . وجبت الزكاة فيهما . وإن نقصت أجزاؤهما عن نصاب فلا زكاة فيهما ، سئل أحمد عن رجل عنده ثمانية دنانير ومائة درهم ؟ فقال : إنما قال من قال فيها الزكاة . إذا كان عنده عشرة دنانير ومائة درهم . وهذا قول مالك ، وأبي يوسف ومحمد ، والأوزاعي ، لأن كل واحد منهما لا تعتبر قيمته في وجوب الزكاة إذا كان منفرداً . فلا تعتبر إذا كان عنده عشرة دنانير مضمومة كالحبوب والثمار وأنواع الأجناس كلها ، وقال أبو الخطاب : ظاهر كلام أحمد في رواية المروذي . أنها تضم بالأحوط من الأجزاء والقيمة . ومعناه : أنه يقوم الغالب منهما بقيمة الرخيص ، فإذا بلغت قيمتهما بالرخص منهما نصاباً وجبت الزكاة فيهما ، فلو ملك مائة درهم وسبعة دنانير قيمتها مائة درهم ، أو عشرة دنانير وسبعين درهما قيمتها عشرة دنانير . وجبت الزكاة فيهما ، وهذا قول أبي حنيفة في تقويم الدنانير بالفضة ، لأن كل نصاب وجب فيه ضم الذهب إلى الفضة ضم بالقيمة كنصاب القطع في السرقة ، ولأن أصل الضم لتحصيل حفظ المقراء ، فكذلك صفة الضم ، والأول أصح . لأن الأمان يجب الزكاة في أعيانها ، فلا تعتبر قيمتها كما لو انفردت ،

ويخالف نصاب القطع فإن نصاب القطع فيه الورق خاصة في إحدى الروايتين ،
وفي الأخرى : أنه لا يجب في الذهب حتى يبلغ ربع دينار . والله أعلم .

« مسألة » قال (وكذلك دون العشرين مثقالاً) .

يعنى أن ما دون العشرين لا زكاة فيه إلا أن يتم بوزن أو عروض تجارة . قال
ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الذهب إذا كان عشرين مثقالاً قيمتها ماقتا
درهم : أن الزكاة تجب فيها ، إلا ما حكى عن الحسن أنه قال . لا زكاة فيها حتى تبلغ
أربعين ، وأجمعوا على أنه إذا كان أقل من عشرين مثقالاً ولا يبلغ ماقتى درهم
فلا زكاة فيه . وقال عامة الفقهاء : نصاب الذهب عشرون مثقالاً من غير اعتبار
قيمتها إلا ما حكى عن عطاء ، وطاوس ، والزهرى ، وسليمان بن حرب ، وأيوب
السختياني ، أنهم قالوا : هو معتبر بالفضة ، فما كان قيمته ماقتى درهم ففيه الزكاة
ولاً فلا ، لأنه لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم تقدير في نصابه فثبت أنه حمله
على الفضة . ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه قال : ليس في أقل من عشرين مثقالاً من الذهب ، ولا في أقل من
ماقتى درهم صدقة ، رواه أبو عبيد .

وروى ابن ماجه عن عمر وعائشة : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأخذ من
كل عشرين ديناراً فصاعداً نصف دينار ، ومن الأربعين ديناراً ، وروى سعيد
والأثرم عن علي : في كل أربعين ديناراً دينار ، وفي كل عشرين ديناراً نصف دينار ،
ورواه غيرهما مرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم . ولأنه مال تجب الزكاة في عينه ،
فلم يعتبر بغيره كسائر الأموال الزكوية .

(فصل) ومن ملك ذهباً أو فضة منوشة أو مختلطاً بغيره . فلا زكاة فيه حتى
يبلغ قدر الذهب والفضة نصاباً . لقوله عليه السلام : ليس فيما دون خمس أواق من
الورق صدقة ، فإن لم يعلم قدر ما فيه منهما وشك هل يبلغ نصاباً أو لا —
خير بين سيكهما ليعلم قدر ما فيه منهما وبين أن يستظهر ويخرج ليسقط الفرض
يقين . فإن أحب أن يخرج استظهاراً فأراد لإخراج الزكاة من المغشوشة
فظرت . فإن كان الغش لا يختلف ، مثل أن يكون الغش في كل دينار سدسه وعلم

ذلك . جاز أن يخرج منها ، لأنه يكون مخرجاً لربع العشر ، وإن اختلف قدر ما فيها أو لم يعلم ، لم يحزه الإخراج منها إلا أن يستظهره ، بحيث يتيقن أن ما أخرجه من الذهب يحيط بقدر الزكاة ، وإن أخرج عنها ذهباً لا غش فيه فهو أفضل . وإن أراد إسقاط الغش وإخراج الزكاة عن قدر ما فيه من الذهب كن معه أربعة وعشرون ديناراً سدسها غش ، فأسقط السدس أربعة وأخرج نصف دينار عن عشرين جاز . لأنه لو سبكه لم يلزمه إلا ذلك ، ولأن غشها لا زكاة فيه ، إلا أن يكون فضة وله من الفضة ما يتم به النصاب ، أو له نصاب سواء فيكون عليه زكاة الغش حينئذ ، وكذلك إن قلنا بضم أحد النقيدين إلى الآخر ، وإذا ادعى رب المال أنه يعلم الغش ، أو أنه استظهره وأخرج الفرض . قبل منه بغير عيب ، وإن زادت قيمة المغشوش بالغش فصارت قيمة العشرين تساوي اثنين أو عشرين فعليه إخراج ربع عشرها بما قيمته كقيمتها . لأن عليه إخراج زكاة المال الجيد من جنسه بحيث لا ينقص عن قيمته . والله أعلم .

• مسألة ، قال (فإذا تمت ففيها ربع العشر) .

يعنى إذا تمت الفضة مائتين والدنانير عشرين . فالواجب فيها ربع عشرها ، ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن زكاة الذهب والفضة ربع عشرها . فقد ثبت ذلك بقوله عليه السلام « في الرقة ربع العشر » . وقال النبي صلى الله عليه وسلم « هاتوا ربع العشر من كل أربعين درهما درهما . وليس في تسعين ومائة شيء » ، قال الترمذى قال البخارى في هذا الحديث : هو صحيح عنبى . ورواه سعيد ولفظه « هاتوا صدقة الرقة من كل أربعين درهما درهما ، وأجمع أهل العلم على أن في مائتي درهم خمسة دراهم ، وروى ابن عمر وعائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأخذ من كل عشرين ديناراً فصاعداً نصف دينار ، ومن الأربعين ديناراً ديناراً » .

• مسألة ، قال (وفي زيادتها وإن قلت) .

روى هذا عن علي وابن عمر رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والنخعى ، ومالك ، والثورى ، وابن أبي ليلى ، والشافعى ، وأبو يوسف ، ومحمد ،

وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، والحسن ، والشعبي ، ومكحول ، والزهرى ، وعمر بن دينار ، وأبو بصينة : لا شيء في زيادة الدراهم حتى تبلغ أربعين ، ولا في زيادة الدنانير حتى تبلغ أربعة دنانير . لقوله عليه السلام : من كل أربعين درهماً درهماً ، وعن معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا بلغ الورق مائتين ففيه خمسة دراهم ، ثم لا شيء فيه حتى يبلغ أربعين درهماً ، وهذا نص ، ولأن له عفواً في الابتداء فكان له عفو بعد النصاب كالمشايبة .

ولنا : ما روى عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : هاتوا ربع العشر من كل أربعين درهماً درهماً . وليس عليكم شيء حتى يتم مائتين ، فإذا كانت مائتي درهم ففيها خمسة دراهم ، فما زاد فبحسب ذلك ، رواه الأثرم والدارقطني ، ورواه أبو داود بإسناده عن حاصم بن خزيمة . والحارث عن علي إلا أنه قال : أحسبه عن النبي صلى الله عليه وسلم . وروى ذلك عن علي وابن عمر موقوفاً عليهما . ولم نعرف لها مخالفاً من الصحابة فيكون إجماعاً ، ولأنه مال متجر ، فلم يكن له عفو بعد النصاب كالمحبوب . وما احتجوا به من الخبر الأول فهو احتجاج بدليل الخطاب ، والمنطوق مقدم عليه . والحديث الآخر يرويه أبو العطف الجراح بن منهال ، وهو متروك الحديث . قال الدارقطني وقال مالك : هو دجال من الدجاجلة ، ويرويه عن إعبادة بن نسي عن معاذ . ولم يلق عبادة معاذاً ، فيكون مرسلًا ، والمشايبة يشق تشقيصها بخلاف الأثمان .

(فصل في) يخرج الزكاة من جنس ماله . فإن كان أنواعاً متساوية القيم جاز أن يخرج الزكاة من أحدها كما تخرج من أخذ نوعي الغنم ، وإن كانت مختلفة القيم أخذ من كل نوع ما ينحصر ، وإن أخرج من أوسطها ما يفي بقدر الواجب وقيمتها . جاز ، وإن أخرج الفرض من أجودها بقدر الواجب جاز . وله ثواب الزيادة ، وإن أخرجها بالقيمة مثل أن يخرج عن نصف دينار ثلث دينار جيد لم يجز ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نص على نصف دينار ، فلم يجز النقص منه ، وإن أخرج من الأدنى وزاد في المخرج ما يفي بقيمة الواجب ، مثل أن يخرج عن دينار ديناراً ونصفاً بقيمته جاز ، وكذلك لو أخرج عن الصالح مكسرة وزاد بقدر

ما بينهما من الفضل جاز، لأنه أدى الواجب عليه قيمة وقدرأ، وإن أخرج عن كثير القيمة قليل القيمة فكذلك، فإن أخرج بهرجا عن الجيد وزاد بقدر مايساوى قيمة الجيد. فقال أبو الخطاب: يجوز، وقال القاضي: يلزمه إخراج جيد، ولا يرجع فيما أخرجه من الميعب. لأنه أخرج ميعباً في حق الله تعالى. فأشبهه ما لو أخرج مريضة عن صحاح، وبهذا قال الشافعي، إلا أن أصحابه قالوا: له الرجوع فيما أخرج من الميعب في أحد الوجهين. وقال أبو حنيفة. يجوز إخراج الرديئة عن الجيدة والمكسورة عن الصحيحة من غير جبران، لأن الجودة إذا لاقى جنسها فيما فيه الربا لا قيمة لها.

ولنا: أن الجودة متقومة، بدليل ما لو أنلف جيداً لم يجرئه أن يدفع عنه رديئاً، ولأنه إذا لم يجره بما يتم به قيمة الواجب عليه دخل في عموم قوله تعالى: (٢: ٢٦٧) ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) ولأنه أخرج رديئاً عن جيد بقدره، فلم يجر كما في الماشية، ولأن المستحق معلوم القدر والصفة. فلم يجر النقص في الصفة كما لا يجوز في القدر، وأما الربا فلا يجرى ههنا. لأن المخرج حق لله، ولا ربا بين العبد وسيده، ولأن المساواة في الميعار الشرعى إنما اعتبرت في المعاوضات، والقصد من الزكاة المواساة وإغناء الفقير وشكر نعمة الله تعالى. فلا يدخل الربا فيها، فإن قيل: فلو أخرج في الماشية رديئتين عن جيدة، أو أخرج قفيزين رديئتين عن قفيز جيد لم يجر، فلم أجزم أن يخرج عن الصحيح أكثر منه مكسراً، قلنا يجوز ذلك إذا لم يكن في إخراجه عيب سوى نقص القيمة، وإن سلبناه فالفرق بينهما. أن القصد من الأثمان القيمة لا غير، فإذا تساوى الواجب والمخرج في القيمة والقدر جاز، وسائر الأموال يقصد الانتفاع ببعضها فلا يلزم من التساوى في الأمرين الإجزاء لجواز أن يفوت بعض المقصود.

(فصل) وهل يجوز إخراج أحد النقيدين عن الآخر؟ فيه روايتان. نص عليهما. إحداهما: لا يجوز. وهو اختيار أبي بكر. لأن أنواع الجنس لا يجوز إخراج أحدهما عن الآخر إذا كان أقل في المقدار فمع اختلاف الجنس أولى. والثانية. يجوز. وهو أصح إن شاء الله. لأن المقصود من أحدهما يحصل بإخراج الآخر فيجزىء، كأنواع الجنس، وذلك. لأن المقصود. منهما جميعاً الثمنية

والتوصل بها إلى المقاصد ، وهما يشتركان فيه على السواء . فأشبه إخراج المسكرة عن الصحاح ، بخلاف سائر الأجناس والأنواع مما تجب فيه الزكاة ، فإن لكل جنس مقصوداً مختصاً به لا يحصل من الجنس الآخر . وكذلك أنواعها فلا يحصل بإخراج غير الواجب من الحكمة ما يحصل بإخراج الواجب . وعنه المقصود حاصل . فوجب إجزاؤه إذ لا فائدة باختصاص الأجزاء بعين مع مساواة غيرها لها في الحكمة ، وكون ذلك أرفق بالمعطى والآخذ ؛ وأنفع لها ويندفع به الضرر عنهم ؛ فإنه لو تعين إخراج زكاة الدنانير منها شق على من يملك أقل من أربعين ديناراً لإخراج جزء من دينار ؛ ويحتاج إلى التشقيص ومشاركة الفقير له في دينار من ماله أربعاً أحدهما نصيبه ؛ فيستغنى المسالك والفقير ؛ وإذا جاز لإخراج الدراهم عنها دفع إلى الفقير من الدراهم بقدر الواجب فيسهل ذلك عليه ؛ وينتفع الفقير من غير كلفة ولا مضرة ؛ ولأنه إذا دفع إلى الفقير قطعة من الذهب في موضع لا يتعامل بها فيه أو قطعة من درهم في مكان لا يتعامل بها فيه ؛ لم يقدر على قضاء حاجته بها ؛ وإن أراد بيعها بحسب ما يتعامل بها احتاج إلى كلفة البيع ؛ وربما لا يقدر عليه ولا يفيد شيئاً ، وإن أمكن بيعها احتاج إلى كلفة البيع ؛ والظاهر أنها تنقص عوضها عن قيمتها . فقد دار بين ضررين ؛ وفي جواز إخراج أحدهما عن الآخر نفع محض ودفع لهذا الضرر ؛ وتحصيل الحكمة الزكاة على التمام والكمال . فلا حاجة ولا وجه لمنعه ؛ وإن توهمت هنا منفعة تفوت بذلك . فهي يسيرة مغمورة فيما يحصل من النفع الظاهر ويندفع من الضرر والمشقة من الجانبين . فلا يعتبر . والله أعلم .

وعلى هذا لا يجوز الإبدال في موضع يلحق الفقير ضرر . مثل أن يدفع إليه مالا ينفق عوضاً عما ينفق ، لأنه إذا لم يحز لإخراج أحد النوعين عن الآخر مع الضرر فزع غيره أولى ، وإن اختار الدفع من الجنس واختار الفقير الآخذ من غيره لضرر يلحقه في أخذ الجنس لم يلزم المسالك لإجابته ، لأنه إذا أدى ما فرض عليه لم يكلف سواء . والله أعلم .

« مسألة ، قال : (وليس في حلي المرأة زكاة إذا كان مما تألبسه أو تعيره)

هذا ظاهر المذهب . وروى ذلك عن ابن عمر ، وجابر وأنس ، وعائشة ،

وأسماء رضى الله عنهم ، وبه قال القاسم ، والشعبي . وقتادة ، ومحمد بن علي ، وعمره ، ومالك ؛ والشافعي ، وأبو عبيد ؛ وإسحاق ؛ وأبو ثور ؛ وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى : أنه فيه الزكاة ؛ وروى ذلك عن عمر ؛ وابن مسعود ؛ وابن عباس ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ؛ وسعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبير ؛ وعطاء ؛ ومجاهد ؛ وعبد الله بن شداد ، وجابر بن زيد ، وابن سيرين ، وميمون ابن مهران ؛ والزهرى ؛ والثوري ؛ وأصحاب الرأى : لعموم قوله عليه السلام : « في الرقة ربع العشر ؛ وليس فيما دون خمس أواق صدقه » مفهومه أن فيها صدقة إذا بلغت خمس أواق .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « أتت امرأة من أهل اليمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعها ابنة لها في يديها مسكتان من ذهب . فقال : هل تعطين زكاة هذا ؟ قالت : لا ؛ قال : أيسرك أن يسورك الله بسوارين من نار ؟ » رواه أبو داود ؛ ولأنه من جنس الأثمان . أشبه الثبر . وقال مالك : يزكى عاماً واحداً . وقال الحسن وعبد الله بن عتبة وقتادة : زكاته عاريتة . قال أحمد : خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون : ليس في الحلى زكاة . ويقولون زكاته عاريتة . ووجه الأول : ما روى عافية بن أيوب عن الليث بن سعد عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ليس في الحلى زكاة ، ولأنه مرصد لاستعمال مباح فلم يجب فيه الزكاة كالعوامل وثيلب القنية .

وأما الأحاديث الصحيحة التي احتجوا بها فلا تتناول محل النزاع ؛ لأن الرقة : هي الدراهم للضروبة . قال أبو عبيد : لا نعلم هذا الاسم في الكلام المعقول عند العرب إلا على الدراهم المنقوشة ذات السكة الساترة في الناس ، وكذلك الأواقي ليس معناها إلا الدراهم كل أوقية أربعون درهماً . وأما حديث المسكتين فقال أبو عبيد : لا نعلمه إلا من وجه قد تكلم الناس فيه قديماً وحديثاً ؛ وقال الترمذى . ليس يتح في هذا الباب شيء ، ويحتمل أنه أراد بالزكاة إعارته ، كما فسر به بعض العلماء . وذهب إليه جماعة من الصحابة وغيرهم . والثبر غير معد للاستعمال بخلاف الحلى .

وقول الخرقى : إذا كان مما تلبسه أو تعيره ؛ يعنى أنه إنما تسقط عنه الزكاة

إذا كان كذلك أو معداً له ؛ فأما المعد للسكرى والنفقة إذا احتيج إليه : ففيه الزكاة . لأنها إنما تسقط عما أعد للاستعمال لصرفه عن جهة البناء . ففيما عداه يبق على الأصل ؛ وكذلك ما اتخذ حلية فراراً من الزكاة لا يسقط عنه ، ولا فرق بين كون الحلى المباح مملوكاً لامرأة تلبسه أو تعيره ، أو لرجل يحلى به أهله أو يعيره أو يعده لذلك ، لأنه مصروف عن جهة البناء إلى استعمال مباح . أشبه حلى المرأة .

(فصل) وقليل الحلى وكثيره سواء في الإباحة والزكاة . وقال ابن حامد :

يباح ما لم يبلغ ألف شقال . فإن بلغها حرم وفيه الزكاة . لما روى أبو عبيد والاثرم عن عمرو بن دينار قال : « سئل جابر عن الحلى هل فيه زكاة ؟ قال : لا ، فقليل له : ألف دينار ؟ فقال : « إن ذلك لكثير ، ولأنه يخرج إلى الدرف والخيلاء ولا يحتاج إليه في الاستعمال . والأول أصح . لأن الشرع أباح التحلى مطلقاً من غير تقييد فلا يجوز تقييده بالرأى والتحكم ، وحديث جابر ليس بصريح في نفي الوجوب ، وإنما يدل على التوقف . ثم قد يروى عنه خلافه . فروى الجوزجاني بإسناده عن أبي الزبير قال : « سألت جابر بن عبد الله عن الحلى فيه زكاة ؟ قال : لا ، قلت . إن الحلى يكون فيه ألف دينار . قال : « وإن كان فيه . يعار ويلبس ، ثم إن قول جابر قول صحابي خالفه غيره من أبا حه مطلقاً بغير تقييد . فلا يبق قوله حجة والتقييد بالرأى المطلق والتحكم غير جائز .

(فصل) وإذا انكسر الحلى كسراً لا يمنع الاستعمال واللبس . فهو كالصحيح لا زكاة فيه إلا أن ينوى كسره وسبكه ففيه الزكاة حينئذ ؛ لأنه نوى صرفه عن الاستعمال ؛ وإن كان الكسر يمنع الاستعمال . فقال القاضي : عندى أن فيه الزكاة لأنه كان بمنزلة النقرة والتبر .

(فصل) وإذا كان الحلى للبس ؛ فنوت به المرأة التجارة . انعقد عليه حول الزكاة من حين نوت . لأن الوجوب هو الأصل ؛ وإنما انصرف عنه لعارض الاستعمال . فعاد إلى الأصل بمجرد النية من غير استعمال ؛ فهو كما لو نوى بمرض التجارة التنية انصرف إليه من غير استعمال .

(فصل) ويعتبر في النصاب في الحلى الذى يجب فيه الزكاة بالوزن . فلو ملك حلياً قيمته مائتا درهم ووزنه دون المائتين لم يكن عليه زكاة ، وإن بلغ مائتين

وزناً ففيه الزكاة ؛ وإن نقص في القيمة . لقوله عليه السلام « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة » اللهم إلا أن يكون الحلي للتجارة فيقوم . فإذا بلغت قيمته بالذهب والفضة نصاباً ففيه الزكاة ؛ لأن الزكاة متعلقة بالقيمة ؛ ومالم يكن للتجارة فالزكاة في عينه ؛ فيعتبر أن يبلغ بقيمته ووزنه نصاباً وهو مخير بين إخراج ربع عشر حلية مشاعاً أو دفع ما يساوي ربع عشرها من جنسها ؛ وإن زاد في الوزن على ربع العشر لما بينا أن الربا لا يجري ههنا . ولو أراد كسرها ودفع ربع عشرها لم يكن منه ؛ لأنه ينقص قيمتها وهذا مذهب الشافعي . وقال مالك : الاعتبار بالوزن ؛ وإذا كان وزن الحلي عشرين وقيمته ثلاثون فعليه نصف مثقال ؛ لا تزيد قيمته شيئاً لأنه نصاب من جنس الأثمان ؛ فتعلقت الزكاة بوزنه لا بصفته كالدرهم المضروبة .

ولنا : أن الصناعة صارت حصة للنصاب لها قيمة مقصودة . فوجب اعتبارها كالجوده في سائر أموال الزكاة ودليالهم نقول به وإن الزكاة تتعلق بوزنه وصفته جميعاً كالجديد من الذهب والفضة والمواشي ؛ والحبوب والثمار ؛ فإنه لا يجزئه إخراج ردى عن جيد ؛ وكذلك ههنا ، وإن أراد إخراج الفضة عن حلي الذهب ؛ أو الذهب عن الفضة . أخرج على الوجهين ، كما قدمنا في إخراج أحد التقدين عن الآخر ؛ وذكر ابن عقيل : أن الاعتبار في قدر النصاب أيضاً بالقيمة ؛ فلو ملك حلياً وزنه تسعة عشر وقيمته عشرون لأجل الصناعة ففيه الزكاة ؛ وظاهر كلام أحمد : اعتبار الوزن . وهو ظاهر نصه لقوله « ليس فيما دون خمس أواق صدقة » ولأنه مال تجب الزكاة في عينه فلا تعتبر قيمة الدنانير المضروبة . لأن زيادة القيمة بالصناعة كزيادتها بنفاسة جوهره . فكما لا تجب الزيادة فيما كان نفيس الجوهر كذلك الآخر .

(فصل) وإن كان في الحلي جهره وآلاء مرصعة . فالزكاة في الحلي من الذهب والفضة دون الجوهر . لأنها لا زكاة فيها عند أحد من أهل العلم . فإن كان الحلي للتجارة قومه بما فيه من الجواهر . لأن الجواهر لو كانت مفردة وهي للتجارة لقومت وزكيت . فكذا ذلك إذا كانت في حلي التجارة .

(فصل) وإذا اتخذت المرأة حلياً ليس لها اتخاذها . كما إذا اتخذت حلياً الرجال . تحلية السيف والمنطقة فهو محرم . وعليها الزكاة كما لو اتخذ الرجل حلي المرأة .

(فصل) ويباح للنساء من حلي الذهب والفضة والجواهر كل ما جرت عادتهن بلبسه . مثل السوار والخلخال والقرط والخاتم وما يلبسه على وجوههن . وفي أعناقهن وأيديهن . وأرجلهن . وآذانهن وغيره . فأما ما لم تجر عادتهن بلبسه والمنطقة وشبهها من حلي الرجال . فهو محرم وعليها زكاته . كما لو اتخذ الرجل لنفسه حلي المرأة .

« مسألة ، قال (وليس في حلية سيف الرجل ومنطقته وغاتمته زكاة) .

وجملة ذلك : أن ما كان مباحاً من الحلي فلا زكاة فيه إذا كان معداً للاستعمال ، سواء كان لرجل أو امرأة . لأنه مصروف عن جهة النماء إلى استعمال مباح . فأشبه ثياب البدلة وعوامل الماشية ، ويباح للرجال من الفضة الخاتم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم « اتخذ خاتماً من ورق » متفق عليه ، وحليته السيف بأن يجعل قبضته فضة أو تحميتها بفضة ، فإن أنسأ قال « كانت قبضة سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم فضة » ، وقال هشام بن عروة : كان سيف الزبير على بالفضة . رواهما الأثرم بإسناده ، والمنطقة يباح تحميتها بالفضة ، لأنها حلية معتادة للرجل ، فهي كالخاتم ، وقد نقل كراهة ذلك لما فيه من الفخر والخيلاء . فهو كالطوق . والاولى أولى ، لأن الطوق ليس معتاداً في حق الرجل بخلاف المنطقة ، وعلى قياس المنطقة : الجوشن والخوذة والخف والران والحمائل ، وتباح الضبة في الإناث وما أشبهها للحاجة . ونفى بالحاجة . أنه يلتفت بها في ذلك ، وإن قام غيرها مقامها . وفي صحيح البخاري عن أنس « أن قدح النبي صلى الله عليه وسلم انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة » ، وقال القاضي : يباح اليسير وإن لم يكن للحاجة ، وإنما كره أحمد الحلقة في الإناث . لأنها تستعمل ، وأما الذهب : فيباح منه ما دعت الضرورة إليه كالأنف في حق من قطع أنفه . لما روى عن عبد الرحمن بن طرفة ، أن جده عرجة بن سعد قطع أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفاً من ورق فأنتن عليه ،

فأمره النبي صلى الله عليه وسلم فأتخذه أفسساً من ذهب ، رواه أبو داود . وقال الإمام أحمد : ربط الأسنان بالذهب إذا خشي عليها أن تسقط قد فعله الناس . فلا بأس به عند الضرورة . وروى الأثرم عن موسى بن طلحة ، وأبي جمرة الضبعي ، وأبي رافع ، وثابت البناني وإسماعيل بن زيد بن ثابت ، والمغيرة ابن عبد الله : أنهم شددوا أسنانهم بالذهب . وعن الحسن والزهرى والتخمي : أنهم رخصوا فيه . وما عدا ذلك من الذهب . فقد روى عن أحمد رحمه الله الرخصة في السيف . قال الأثرم قال أحمد . روى أنه كان في سيف عثمان بن حنيف مسبار من ذهب . قال أبو عبد الله : فذاك الآن في السيف . وقال : « إنه كان لعمر سيف سبائك من ذهب » من حديث إسماعيل بن أمية عن نافع . وروى الترمذى بإسناده عن مزينة العصري « أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل مكة وعلى سيفه ذهب وفضة » وروى عن أحمد رواية أخرى تدل على تحريم ذلك . قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : يخاف عليه أن يسقط يجعل فيه مسباراً من ذهب ؟ قال : إنما رخص في الأسنان . وذلك إنما هو على الضرورة . فأما المسبار . فقد روى « من تحلى بخريصيه كوى بها يوم القيامة » قلت : أى شيء خريصية ؟ قال : شيء صغير مثل الشعيرة . وروى الأثرم أيضاً بإسناده عن شهر بن حوشب عن عبد الرحمن بن غنم قال : « من حلّى أو تحلّى بخريصية كوى بها يوم القيامة مغفوراً له أو معذباً » وحكى عن أبي بكر من أصحابنا أنه أباح يسير الذهب . ولعله يحتاج بما رويناه من الأخبار . ويقاس الذهب على الفضة . ولأنه أحد الثلاثة المحرمة على الذكور دون الإناث . فلم يحرم يسيرها كسائرهما . وكل ما أبيع من الحلى . فلا زكاة فيه إذا كان معداً للاستعمال .

« مسألة » قال : (والمتخذ آنية الذهب والفضة عاص وفيها الزكاة)

وجملته أن اتخاذ آنية الذهب والفضة حرام على النساء والرجال جميعاً . وكذلك استعماله . وقال الشافعى في أحد قوله : لا يحرم اتخاذها . لأن النجس إنما ورد في تحريم الاستعمال . فيبقى لإباحة الاتخاذ على مقتضى الأصل في الإباحة . ولنا : أن ما حرم استعماله حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال . كالملهي .

ويستوى في ذلك الرجال والنساء . لأن المعنى المقضى للتحريم يعمهما . وهو الإفضاء إلى السرف والخيلاء . وكسر قلوب الفقراء . فيستويان في التحريم . وإنما أحل للنساء التحلي لحاجتهن إليه للزينة للأزواج . وليس هذا بوجود في الآنية ، فيبقى على التحريم . إذا ثبت هذا : فإن فيها الزكاة بغير خلاف بين أهل العلم . ولا زكاة فيها حتى تبلغ نصاباً بالوزن . أو يكون عنده ما يبلغ نصاباً بضمها إليه . وإن زادت قيمته لصناعته فلا عبرة بها . لأنها محرمة فلا قيمة لها في الشرع . وله أن يخرج عنها قدر ربع عشرها بقيمته غير مصوغ . وإن أحب كسرها أخرج ربع عشرها مكسوراً . وإن أخرج ربع عشرها مصوغاً جاز - لأن الصناعة لم تنقصها عن قيمة المكسور . وذكر أبو الخطاب وجهاً في اعتبار قيمتها . والاول : أصح إن شاء الله تعالى .

(فصل) وكل ما كان اتخاذه محرماً من الأثمان لم تسقط زكاته باتخاذه . لأن الأصل وجوب الزكاة فيها . لكونها مخلوقة للتجارة والتوسل بها إلى غيرها . ولم يوجد ما يمنع ذلك . فبقيت على أصلها . قال أحمد : ما كان على سرج أو لجام ففيه الزكاة . ونص على حلية الثغر والركاب واللجام : أنه محرم . وقال في رواية الأثرم : أكره رأس المسكحلة فضة . ثم قال : وهذا شيء تأولته . وعلى قياس ما ذكره : حلية الدواة والمقلبة والسرج ونحوه مما على الدابة . ولو موه سقفه بذهب أو فضة . فهو محرم . وفيه الزكاة . وقال أصحاب الرأي : يباح . لأنه تابع للباح فيتبعه في الإباحة .

ولنا : أن هذا إسراف . ويفضي فعله إلى الخيلاء . وكسر قلوب الفقراء . لحرم . كاتخاذ الآنية . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن التخنم بخاتم الذهب للرجل ، فتمويه السقف أولى . وإن صار التمويه الذي في السقف مستهلكاً لا يجتمع منه شيء . لم تحرم استدامته . لأنه لا فائدة في اتلافه وإزالته . ولا زكاة فيه . لأن ماليته ذهبت . وإن لم تذهب ماليته ولم يكن مستهلكاً حرمت استدامته . وقد بلغنا أن عمر بن عبد العزيز : لما ولي أراد جمع ما في مسجد دمشق مما موه به من الذهب . فقيل له : إنه لا يجتمع منه شيء فتركه . ولا يجوز تجلية المصاحف

ولا المحاريب ، ولا اتخاذ قناديل من الذهب والفضة . لأنها بمنزلة الآنية . وإن وقفها على مسجد أو نحوه لم يصح . لأنه ليس ببر ولا معروف ، ويكون ذلك بمنزلة الصدقة فيكسر ويصرف في مصلحة المسجد وعمارتها ، وكذلك إن حبس الرجل فرساً له لجام مفضض ، وقد قال أحمد : في الرجل يقف فرساً في سبيل الله ، ومعه لجام مفضض : فهو على ما وقفه ، وإن بيعت الفضة من السرج واللجام جعلت في وقف مثله فهو أحب إلى . لأن الفضة لا ينتفع بها ، ولعله يشتري بذلك سرجاً ولجاماً . فيكون أنفع للمسلمين . قيل : فتباع الفضة وينفق على الفرس ؟ قال : نعم ، وهذا يدل على إباحة حلية السرج واللجام بالفضة ، لولا ذلك لما قال هو على ما وقف ، وهذا لأن العادة جارية به . فأشبه حلية المنطقة ، وإذا قلنا بتحريمها فصار بحيث لا يجتمع منه شيء . لم يحرم استدامته ، كقولنا في تمويه السقف ، وأباح القاضي علاقة المصحف ذهباً أو فضة للنساء خاصة . وليس بجديد . لأن حلية المرأة ما لبسته وتحملت به في بدنها أو ثيابها . وما عداه لحكمه حكم الأواني ، لا يباح للنساء منه إلا ما أبيح للرجال . ولو أبيح لها ذلك لأبيح علاقة الأواني والأدراج ونحوهما . ذكره ابن عقيل .

(فصل) وكل ما يحرم اتخاذُه ففيه الزكاة ، إذا كان نصيباً أو بلغ بضمه إلى ما عنده نصيباً على ما ذكرناه .

« مسألة ، قال (وما كان من الركاز ، وهو دفن الجاهلية قل أو كثر . ففيه الخمس لأهل الصدقات وباقيه له) .

الدفن - بكسر الدال - المدفون ، والركاز : المدفون في الأرض . واشتقاقه من : ركز يركز ، مثل غرز يغرز إذا خفي ، يقال : ركز الرمح إذا غرز أسفله في الأرض ، ومنه « الركز » وهو الصوت الخفي ، قال الله تعالى (٢٠ : ٩٨) أو تسمع لهم ركزاً) والأصل في صدقة الركاز : ما روى أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « العجماء جبار . وفي الركاز الخمس » . متفق عليه ، وهو أيضاً يجمع عليه . قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً غالف هذا الحديث إلا الحسن . فإنه فرق بين (٢ - الغني - ج - ٣)

ما يوجد في أرض الحرب ، وأرض العرب . فقال : فيما يوجد في أرض الحرب :
الخنس وفيما يوجد في أرض العرب : الزكاة .

(فصل) أوجب الخنس في الجميع الزهري ، والشافعي . وأبو حنيفة ، وأصحابه ،
وأبو ثور ، وابن المنذر وغيرهم . وهذه المسألة تشتمل على خمسة فصول (الأول)
أن الركاز الذي يتعلق به وجوب الخنس : ما كان من دفن الجاهلية . هذا قول
الحسن ، والشافعي ، ومالك والشافعي ، وأبو ثور . ويعتبر ذلك بأن ترى عليه
علائقهم ، كأسماء ملوكهم وصورهم وصلبهم ، وصور أصنامهم ونحو ذلك ، فإن
كان عليه علامة الإسلام أو اسم النبي صلى الله عليه وسلم ، أو أحد من خلفاء
المسلمين ، أو وال لهم ، أو آية من قرآن أو نحو ذلك فهو لقطة لأنه ملك مسلم لم يعلم
زواله عنه . وإن كان على بعضه علامة الإسلام ، وعلى بعضه علامة الكفر
فكذلك . نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ؛ لأن الظاهر أنه صار إلى مسلم ،
ولم يعلم زواله عن ملك المسلمين . فأشبه ما على جميعه علامة المسلمين .

(الفصل الثاني) في موضعه ، ولا يتناول من أربعة أقسام : أحدها : أن يجده
في موات أو ما لا يعلم له مالك ، مثل الأرض التي يوجد فيها آثار الملك ، كالأبنية
القديمة والتلول وجدران الجاهلية وقبورهم . فهذا فيه الخنس بغير خلاف ، سوى
ما ذكرناه . ولو وجدته في هذه الأرض على وجهها أو في طريق غير مسلوكة ،
أو قرية خراب : فهو كذلك في الحكم ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن
جده قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة ؟ فقال : ما كان في
في طريق مأتى أو في قرية عامرة فعرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فلك ، وما لم يكن
طريق مأتى . ولا في قرية عامرة . ففيه وفي الركاز الخنس ، رواه النسائي .

(القسم الثاني) : أن يجده في ملكه المنتقل إليه . فهو له في أحد الوجهين .
لأنه مال كافر مظهر عليه في الإسلام . فكان لمن ظهر عليه كالفنائم ، ولأن
الركاز لا يملك بملك الأرض لأنه مودع فيها ، وإنما يملك بالظهور عليه ، وهذا قد
ظهر عليه . فوجب أن يملكه . والرواية الثانية . هو للمالك قبله إن اعترف به ،
وإن لم يعترف به فهو للذي قبله كذلك إلى أول مالك . وهذا مذهب الشافعي لأنه
كانت يده على الدار ، فكانت على ما فيها ؛ وإن انتقلت الدار بالميراث حكم أنه

ميراث ؛ فإن اتفق الورثة على أنه لم يكن لموروثهم فهو لأول مالك ؛ فإن لم يعرف أول مالك . فهو كالمال الضائع الذي لا يعرف له مالك . والأول أصح إن شاء الله تعالى . لأن الركاك لا يملك بملك النار ، لأنه ليس من أجزائها وإنما هو مودع فيها . فينزل منزلة المباحات من الحشيش والخطب والصيد يجده في أرض غيره . فيأخذه فيكون أحق به ، لكن إن ادعى المالك الذي انتقل الملك عنه أنه له ؛ فالقول قوله ، لأن يده كانت عليه لكونها على محله ، وإن لم يدعه فهو لواجده . وإن اختلف الورثة فأنكر بعضهم أن يكون لموروثهم ولم ينكره الباقون لحكم من أنكر في نصيبه حكم المالك الذي لم يعترف به ؛ وحكم المعترفين حكم المالك المعترف .

(القسم الثالث) . أن يجده في ملك آدمي مسلم موصوم أو ذمي . فمن أحد ما يدل على أنه لصاحب الدار ؛ فإنه قال . فيمن استأجر حفاراً ليحفر في داره فأصاب في الدار كنزاً عادياً : فهو لصاحب الدار . وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ، ومثله عن أحمد ما يدل على أنه لواجده . لأنه قال في مسألة من استأجر أجيراً ليحفر له في داره فأصاب في الدار كنزاً ؛ فهو للأجير . نقل ذلك عنه محمد بن يحيى السكاح . قال القاضي : هو الصحيح ؛ وهذا يدل على أن الركاك لواجده . وهو قول الحسن بن صالح ، وأبي ثور واستحسنه أبو يوسف ؛ وذلك لأن الكنز لا يملك بملك الدار ؛ على ما ذكرنا في القسم الذي قبله ؛ فيكون لمن وجده . لكن إن ادعاه المالك . فالقول قوله ، لأن يده عليه بكونها على محله ؛ وإن لم يدعه فهو لواجده . وقال الشافعي : هو لمالك الدار إن اعترف به ، وإن لم يعترف به . فهو لأول مالك . لأنه في يده ، ويخرج لنا مثل ذلك لما ذكرنا من الرواية في القسم الذي قبله ؛ وإن استأجر حفاراً ليحفر له طلباً لكنز يجده فوجده . فلا شيء للأجير . ويكون الواجد له هو المستأجر ، لأنه استأجره لذلك . فأشبهه ما لو استأجره ليحشش له أو يسطاد ؛ فإن الحاصل من ذلك للمستأجر دون الأجير ، وإن استأجره لأمر غير طلب الركاك فالواجد له هو الأجير وهكذا ، قال الأوزاعي : إذا استأجرت أجيراً ليحفر لي في داري فوجد كنزاً فهو له . وإن قلت : استأجرتك لتحفر لي ههنا رجاء أن أجد كنزاً ، فسميت له . فله أجره ولي ما يوجد .

(فصل) وإن اكترى داراً فوجد فيها ركازاً ، فهو لواجده في أحد الوجهين .
والآخر : هو للمالك ، بناء على الروایتين فيمن وجد ركازاً في ملك انتقل إليه ،
وإن اختلفا . فقال كل واحد منهما : هذا لي . فعلى وجهين : أحدهما : القول قول
المالك . لأن الدفن تابع للأرض . والثاني : القول قول المكتري . لأن هذا
مودع في الأرض وليس منها . فكان القول قول من يده عليها كالتقاش .

(القسم الرابع) أن يجده في أرض الحرب . فإن لم يقدر عليه إلا بجماعة من
المسلمين ، فهو غنيمة لهم ، وإن قدر عليه بنفسه فهو لواجده حكمة حكم ما لو وجده
في موات في أرض المسلمين . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : إن عرف مالك الأرض
وكان حربياً فهو غنيمة أيضاً . لانه في حرز مالك معين . فأشبه ما لو أخذه من
بيت أو خزانة .

ولنا : أنه ليس لموضعه مالك محترم . أشبه ما لو لم يعرف مالكة ، ويخرج لنا
مثل قولهم ، بناء على قولنا : إن الركاز في دار الإسلام يكون لمالك الأرض .

(الفصل الثالث في صفة الركاز الذي فيه الخمس) وهو كل ما كان مالا على
اختلاف أنواعه من الذهب والفضة والحديد والرصاص والصفرة والنحاس والآنية
وغير ذلك . وهو قول إسحاق ، وأبي عبيد ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي .
وإحدى الروایتين عن مالك ، وأحد قولي الشافعي ، والقول الآخر : لا تجب
إلا في الأثمان .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « وفي الركاز الخمس » ، ولأنه مال مظهر عليه
من مال الكفار . فوجب فيه الخمس مع اختلاف أنواعه كالغنيمة . إذا ثبت هذا .
فإن الخمس يجب في قليله وكثيره في قول إمامنا ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي
في القديم . وقال في الجديد : يعتبر النصاب فيه . لأنه حق مال يجب فيما استخرج
من الأرض فاعتبر فيه النصاب كالمعدن والزرع .

ولنا عموم الحديث ، ولأنه مال غنموس . فلا يعتبر له نصاب كالغنيمة ، ولأنه
مال كافر مظهر عليه في الإسلام . فأشبه الغنيمة والمعدن ، والزرع يحتاج إلى
عمل ونوائب . فاعتبر فيه النصاب تخفيفاً بخلاف الركاز ، ولأن الواجب فيهما
مواصلة . فاعتبر النصاب ليبلغ حداً يحتمل المواصلة منه بخلاف ما سألنا

(الفصل الرابع في قدر الواجب في الركاز ومصرفه) أما قدره : فهو الخمس ، لما قدمنا من الحديث والإجماع . وأما مصرفه . فاختلفت الرواية عن أحمد فيه مع ما فيه من اختلاف أهل العلم . فقال الحرقى : هو لأهل الصدقات . ونص عليه أحمد في رواية حنبل ، فقال : يعطى الخمس من الركاز على مكانه . وإن تصدق به على المساكين أجزأه . وهذا قول الشافعى ، لأن على بن أبى طالب رضى الله عنه « أمر صاحب الكنز أن يتصدق به على المساكين » حكاه الإمام أحمد وقال : حدثنا سعيد حدثنا سفيان عن عبد الله بن بشر الخثعمى عن رجل من قومه يقال له : ابن حمدة قال : « سقطت على جرة من دير قديم بالكوفة عند جبانة بشر فيها أربعة آلاف درهم . فذهبت بها إلى على رضى الله عنه . فقال : اقسمها خمسة أخماس . قسمتها . فأخذ على منها خمسا ، وأعطاني أربعة أخماس . فلما أدبرت دعائى . فقال : في جيرانك فقراء ومساكين ؟ قلت : نعم . قال : لخذها فقسمها بينهم ، ولأنه مستفاد من الأرض . أشبه المعدن والزرع ، والرواية الثانية : مصرفه مصرف النوى ، نقله محمد بن الحكم عن أحمد . وهذه الرواية أصح وأقرب على مذهبه . وبه قال أبو حنيفة ، والمزنى ؛ لما روى أبو عبيد عن هشيم عن مجالد عن الشعبي « أن رجلا وجد ألف دينار مدفونة خارجا من المدينة فأتى بها عمر بن الخطاب فأخذ منها الخمس مائتي دينار ، ودفع إلى الرجل بقيتها وجعل عمر يقسم المائتين بين من حضره من المسلمين ، إلى أن أفضل منها فضلة فقال : أين صاحب الدنانير ؟ فقام إليه ، فقال عمر : خذ هذه الدنانير فهي لك ، ولو كانت زكاة لخص بها أهلها ولم يرد على واجده ، ولأنه يجب على الذى ، والزكاة لا تجب عليه ولأنه مال خموس زالت عنه يد الكافر ، أشبه خمس الغنيمة .

(الفصل الخامس ، فيمن يجب عليه الخمس) وهو كل من وجده من مسلم وذى حر وعبد ومكاتب وكبير وصغير وعاقل وجنون ، إلا أن الواجد له إذا كان عبدا ، فهو لسيده . لأنه كسب مال . فأشبه الاحتشاش والاصطياد ، وإن كان مكاتباً لمسلكه وعليه خمسة لأنه بمنزلة كسبه ، وإن كان صبياً أو مجنوناً : فهو لها ويخرج عنهما وليهما . وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على الذى فى الركاز يعبده : الخمس . قاله مالك ،

وأهل المدينة ، والثوري ، والأوزاعي ، وأهل العراق . وأصحاب الرأي وغيرهم .
وقال الشافعي : لا يجب الخمس إلا على من يجب عليه الزكاة . لأنه زكاة . وحكى
عنه في الصبي والمرأة : أنهما لا يملكان الركاز ، وقال الثوري ، والأوزاعي ،
وأبو عبيد : إذا كان الواجد له عبداً يرضخ له منه ولا يدهطاه كله .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : وفي الركاز الخمس ، فإنه يدل بعمومه على
وجوب الخمس في كل ركاز يوجد . وبمفهومه على أن باقيه لو اجمده من كان ، ولأنه
مال كافر مظهر عليه ، فكان فيه الخمس على من وجده وباقيه لو اجمده كالغنيمة
ولأنه اكتساب مال ، فكان لمكتسبه إن كان حراً ، أو لسيده ، إن كان عبداً
كالاحتشاش والاصطياد ، ويتخرج لنا : أن لا يجب الخمس إلا على من يجب عليه
الزكاة . بناء على قولنا ، إنه زكاة . والاول أصح .

(فصل) ويجوز أن يتولى الإنسان تفرقة الخمس بنفسه . وبه قال أصحاب
الرأي وابن المنذر ، لأن علياً أمر واجد الكنز بتفرقته على المساكين . قاله الإمام
أحمد . ولأنه أدى الحق إلى مستحقه فبرئ منه ، كما لو فرق الزكاة وأدى الدين
إلى ربه . ويتخرج أن لا يجوز ذلك ، لأن الصحيح أنه فيء فلم يملك تفرقته بنفسه
تكمس الغنيمة . بهذا قال أبو ثور ، قال : وإن فعل ضمنه الإمام . قال القاضي :
وليس للإمام رد خمس الركاز . لأنه حق مال ، فلم يجوز رده على من وجب عليه
كالزكاة وخمس الغنيمة . وقال ابن عقيل : يجوز . لأنه روى عن عمر : أنه رد
بعضه على واجده ولأنه فيء ، فجاز رده أو رد بعضه على واجده ، تكرار الأرض
وهذا قول أبي حنيفة .

« مسألة ، قال (وإذا أخرج من المعادن من الذهب عشرين مثقالاً أو من
الورق مائتي درهم أو قيمة ذلك من الزيت والرصاص والصفرة أو غير ذلك مما
يستخرج من الأرض فعليه الزكاة من وقته) .

اشتقاق المعدن من عدن في المكان يعدن إذا أقام به . ومنه سميت جنة عدن .
لأنها دار إقامة وخلود . قال أحمد : المعادن هي التي تستنبط ، ليس هو شيء دفن
وبالكلام في هذه المسألة في فصول أربعة :

(أحدها) في صفة المعدن الذي يتعلق به وجوب الزكاة ، وهو كل ما خرج من الأرض مما يخلق فيها من غيرها مما له قيمة ، كالذي ذكره الحرقى ونحوه من الحديد ، والياقوت ، والبرجد ، والبلور ، والعقيق والسبع ، والكحل ، والزاج ، والزرنيخ والمغرة . وكذلك المعادن الجارية ، كالقار والنفط ، والكبريت ، ونحو ذلك . وقال مالك والشافعي : لا تتعلق الزكاة إلا بالذهب والفضة . لقول النبي صلى الله عليه وسلم : لا زكاة في حجر ، ولأنه مال يقسوم بالذهب والفضة مستفاد من الأرض . أشبه الطين الأحمر . وقال أبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه : تتعلق الزكاة بكل ما ينطبع ، كالرصاص والحديد والنحاس دون غيره .

ولنا : عموم قوله تعالى (٢ : ٢٦٧) وما أخرجنا لكم من الأرض) ولأنه معدن ، فتعلقت الزكاة بالخارج منه كالآثمان ، ولأنه مال لو غنمه وجب عليه خمس ، فإذا أخرجه من معدن وجبت فيه الزكاة كالذهب . وأما الطين فليس بمعدن . لأنه تراب . والمعدن : ما كان في الأرض من غير جنسها .

(الفصل الثاني في قدر الواجب وصفته) وقدر الواجب فيه : ربع العشر ، وصفته : أنه زكاة . وهذا قول عمر بن عبد العزيز ومالك . وقال أبو حنيفة : الواجب فيه الخمس ، وهو في . واختاره أبو عبيد . وقال الشافعي : هو زكاة . واختلف قوله في قدره كالذهبي ، واحتج من أوجب الخمس بقول النبي صلى الله عليه وسلم : ما لم يكن في طريق مأتى ، ولا في قرية عامرة ففيه وفي الركاز الخمس ، رواه النسائي والجوزجاني وغيرهما . وفي رواية : ما كان في الخراب ففيه وفي الركاز الخمس ، وروى سعيد والجوزجاني بإسنادهما عن عبد الله بن سعيد المقبري عن أبيه عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الركاز : هو الذهب الذي يثبت من الأرض ، وفي حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : وفي الركاز الخمس ، قيل : يا رسول الله وما الركاز ؟ قال : هو الذهب والفضة المخلوقان في الأرض يوم خلق الله السموات والأرض ، وهذا نص ، وفي حديث عنه عليه السلام أنه قال : وفي السيوب الخمس ، قال : والسيوب عروق الذهب والفضة التي تحت الأرض ، ولأنه مال مظهر عليه في الإسلام . أشبه الركاز .

ولنا . ما روى أبو عبيد بإسناده عن ربيعة بن عبد الرحمن عن غير واحد من علمائهم . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث المزني معادن القبيلة في ناحية الفرع قال . فذلك المعادن لا يؤخذ منها إلا الزكاة إلى اليوم ، وقد أسنده عبد الله بن كثير بن عوف إلى النبي صلى الله عليه وسلم عن أبيه عن جده . ورواه الداروردي عن ربيعة بن الحارث بن بلال بن الحارث المزني . أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ منه زكاة المعادن القبيلة ، قال أبو عبيد . القبيلة . بلاد معروفة بالحجاز . ولأنه حق يحرم على أغنياء ذوى القربى فكان زكاة كالواجب في الأثمان التي كانت مملوكة له . وحديثهم الأول لا يتناول محل النزاع . لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما ذكر ذلك في جواب سؤاله عن اللقطة . وهذا ليس بلقطة ، ولا يتناول اسمها . فلا يكون متناولا لمحل النزاع . والحديث الثاني يرويه عبد الله ابن سعد ، وهو ضعيف . وسائر أحاديثهم لا يعرف صحتها . ولا هي مذكورة في المسانيد والدواوين . ثم هي متروكة الظاهر . فإن هذا ليس هو المسمى بالركاز ، والسبب . هو الركاز . لأنه مشتق من السيب ، وهو العطاء الجزيل .

(الفصل الثالث في نصاب المعادن) . وهو ما يبلغ من الذهب عشرين مثقالا ، ومن الفضة مائتي درهم أو قيمة ذلك من غيرهما . وهذا مذهب الشافعي ، وأوجب أبو حنيفة الخمس في قليله وكثيره من غير اعتبار نصاب ، بناء على أنه ركاز . لعموم الأحاديث التي احتجوا بها عليه ، ولأنه لا يعتبر له حصول ، فلم يعتبر له نصاب كالركاز .

ولنا عموم قوله عليه السلام . ليس فيما دون خمس أواق صدقة ، وقوله . ليس في تسعين ومائة شيء ، وقوله عليه السلام . ليس عليكم في الذهب شيء . حتى يبلغ عشرين مثقالا ، وقد بينا أن هذا ليس بركاز . وأنه مفارق للركاز من حيث إن الركاز مال كافر أخذ في الإسلام . فأشبهه الغنime . وهذا وجب مواساة وشكر آ لنعمة الغنى ، فاعتبر له النصاب . كسائر الزكوات ، وإنما لم يعتبر له الحصول لحصه له دفعة واحدة . فأشبه الزروع والثمار . إذا ثبت هذا فإنه يعتبر لإخراج النصاب دفعة واحدة أو دفعات لا يترك العمل بينهما ترك إهمال ، فإن خرج دون النصاب ثم ترك العمل مهملا له ثم أخرج دون النصاب ، فلا زكاة فيهما وإن باعها

بمجموعهما نصاباً ، وإن بلغ أخذهما نصاباً دون الآخر زكى النصاب . ولا زكاة في الآخر ، وفيما زاد على النصاب بحسابه . فأما ترك العمل ليلاً أو للاستراحة أو لعدم من مرض أو لإصلاح الأداة أو إبقاء عبده وضوه فلا يقطع حكم العمل . . ويعظم ما خرج في العاملين بعضه إلى بعض في إكمال النصاب . وكذلك إن كان مشغلاً بالعمل فخرج بين المعدنين تراب لا شيء فيه . وإن اشتمل المعدن على أجناس ، كمدن فيه الذهب والفضة . فذكر القاضى . أنه لا يضم أحدهما إلى الآخر في تكميل النصاب . وأنه يعتبر النصاب في الجنس بإفرادة ، لأنه أجناس فلا يكمل نصاب أحدهما بالآخر كغير المعدن . والصواب إن شاء الله . أنه إن كان المعدن يشتمل على ذهب وفضة ففي ضم أحدهما إلى الآخر وجهان ، بناء على الروايتين في ضم أحدهما إلى الآخر في غير المعدن ، وإن كان فيه أجناس من غير الذهب والفضة ضم بعضهما إلى بعض . لأن الواجب في قيمتها ، والقيمة واحدة . فأشبهت عروض التجارة ، وإن كان فيها أحد النقيدين وجنس آخر ضم أحدهما إلى الآخر ؛ كما تضم العروض إلى الأثمان ، فإن استخرج نصاباً من معدنين وجبت الزكاة فيه . لأنه مال رجل واحد . فأشبه الزرع في مكافئين .

(الفصل الرابع في وقت الوجوب) وتجب الزكاة فيه حين يتناوله ويكمل نصابه ، ولا يعتبر له حول . وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى . وقال إسحاق وابن المنذر . لا شيء في المعدن حتى يحول عليه الحول ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول . .

ولنا . أنه مال مستفاد من الأرض . فلا يعتبر في وجوب حقه حول كالزرع والثمار والركاز ؛ ولأن الحول إنما يعتبر في غير هذا لتكميل النماء ؛ وهو يتكامل ثمانوه دفعة واحدة ؛ فلا يعتبر له حول كالزروع . والخبر مخصوص بالزرع والثمر ؛ فينخص محل النزاع بالقياس عليه . إذا ثبت هذا فلا يجوز إخراج زكاته إلا بعد سبكه وتصفيته كعشر الحب ، فإن أخرج ربع عشر ترابه قبل تصفيته وجب رده إن كان باقياً أو قيمته إن كان تالفاً . والقول في قدر المقبوض قول الآخذ . لأنه غارم . فإن صفاه الآخذ وكان قدر الزكاة أجزأ . وإن زاد رد الزيادة إلا أن يسمح له المخرج ؛ وإن نقص فعلى المخرج . وما أنفق الآخذ على تصفيته . فهو من

ماله لا يرجع به على المالك ، ولا يحاسب المالك ما أنفق على المعدن في استخراجه من المعدن ولا في تصفيته . وقال أبو حنيفة . لا تلزمه المؤنة من حقه ، وشبهه بالغنيمة وبناءه على أصله أن هذا ركاز فيه الخمس ، وقد مضى الكلام في ذلك . وقد ذكرنا أن الواجب في هذا زكاة . فلا يحاسب بمؤنة استخراجه ؛ فتصفيته كالحب . وإن كان ذلك ديناً عليه احتسب به كما يحتسب بما أنفق على الزرع .

(فصل) ولا زكاة في المستخرج من البحر . كاللؤلؤ والمرجان والعنبر ونحوه في ظاهر قول الخرق واختيار أبي بكر ، وروى نحو ذلك عن ابن عباس . وبه قال عمر بن عبد العزيز وعطاء ومالك والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح والشافعي وأبو حنيفة ومحمد وأبو ثور وأبو عبيد . وعن أحمد رواية أخرى . أن فيه الزكاة ، لأنه خارج من معدن . فأشبهه الخارج من معدن البر . ويحكى عن عمر ابن عبد العزيز . أنه أخذ من العنبر الخمس . وهو قول الحسن والزهرى . وزاد الزهرى في اللؤلؤ يخرج من البحر .

ولنا . أن ابن عباس قال . « ليس في العنبر شيء . » (إنما هو شيء ألقاه البحر ، وعن جابر نحوه . رواهما أبو عبيد ؛ ولأنه قد كان يخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه ؛ فلم يأت فيه سنة عنه ولا عن أحد من خلفائه من وجه يصح ، ولأن الأصل عدم الوجوب فيه ، ولا يصح قياسه على معدن البر . لأن العنبر إنما يلقيه البحر فيوجد ملق في البر على الأرض من غير تعب . فأشبهه المباحات المأخوذة من البر ، كالمخ والزنجبيل وغيرهما ، وأما السمك . فلا شيء فيه بحال في قول أهل العلم كافة إلا شيء يروى عن عمر بن عبد العزيز . رواه أبو عبيد عنه . وقال . ليس الناس على هذا . ولا نعلم أحداً يعمل به . وقد روى ذلك عن أحمد أيضاً .

والصحيح . أن هذا لا شيء فيه . لأنه صيد . فلم يجب فيه زكاة كصيد البر . ولأنه لا نص ولا إجماع على الوجوب فيه . ولا يصح قياسه على ما فيه الزكاة ، فلا وجه لإيجابها فيه .

(فصل) والمعادن الجمادة تملك بملك الأرض التي هي فيها . لأنها جزء من أجزاء الأرض . فهي كالتراب والأحجار النابتة . بخلاف الركاز فإنه ليس من

أجزاء الأرض . إنما هو مودع فيها . وقد روى أبو عبيد بإسناده عن عكرمة مولى بلال بن الحارث المزني قال : « أقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا أرضا كذا من مكان كذا إلى كذا . وما كان فيها من جبل أو معدن . قال . فباع بنو بلال من عمر بن عبد العزيز أرضاً فخرج فيها معدنان . فقالوا . إنما بعناك أرض حرث . ولم نبتك المعدن . وجاءوا بكتاب القطيعة التي قطعها رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبيهم في جريدة . قال . فجعل عمر يمسحها على عينه . وقال لقيمه . أنظر ما استخرجت منها وما أنفقت عليها ففصمهم بالتفقة . ورد عليهم الفضل ، فعلى هذا ما يجده في ملك أو في موات فهو أحق به . وإن سبق اثنان إلى معدن في موات فالسابق أولى به ما دام يعمل . فإذا تركه جاز لغيره العمل فيه . وما يجده في مملوك يعرف ماله فله المالك المسمى . فأما المعدن الجارية . فهي مباحة على كل حال . إلا أنه يكره له دخول ملك غيره إلا بإذنه . وقد روى أنها تملك بملك الأرض التي هي فيها . لأنها من ثمنائها وتوابعها . فكانت لمالك الأرض كفروع الشجر المملوك وثمرته .

(فصل) ويجوز بيع تراب المعدن والصاغة بغير جنسه . ولا يجوز بجنسه إن كان مما يجري فيه الربا لأنه يؤدي إلى الربا والزكاة على البائع . لأنها وجبت في يده كما لو باع الثمرة بعد بدو صلاحها ، وقد روى أبو عبيد في الأموال ، أن أبا الحارث المزني اشترى تراب معدن بمائة شاة متبع فاستخرج منه ثمن ألف شاة ، فقال له البائع : رد على البيع ، فقال : لا أفعل . فقال : لأتيناك علياً فلاتين عليك — يعني أسعى بك — فأتى على بن أبي طالب ، فقال : إن أبا الحارث أصاب معدناً فأباه على . فقال : أين الركاز الذي أصبت ؟ فقال : ما أصبت ركازاً ، إنما أصابه هذا . فاشترته منه بمائة متبع : فقال له على : ما أرى الخمس إلا عليك . قال فخمس للمائة شاة .

إذا ثبت هذا : فالواجب عليه زكاة المعدن لا زكاة الثمن ، لأن الزكاة إنما تعلقت بعين المعدن أو بقيمته إن لم يكن من جنس الاثمن . فأشبه ما لو باع السائمة بعد حولها ، أو الزرع والثمرة بعد بدو صلاحها .

(فصل) ومن أجر داره فقبض كرها فلا زكاة عليه فيه حتى يحول عليه الحول وعن أحمد أنه يركبه إذا استفاده . والصحيح الأول لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » ، ولأنه مال مستفاد بعقد معاوضه . فأشبهه ثمن المبيع ، وكلام أحمد في الرواية الأخرى : « يحول على من أجر داره سنة وقبض أجرها في آخرها . فأوجب عليه زكاتها لأنه قد ملكها من أول الحول » ، فصارت كسائر الديون إذا قبضها بعد حول زكاتها حين يقبضها . فإنه قد صرح بذلك في بعض الروايات عنه ، فيحمل مطلق كلامه على مقيده .

باب زكاة التجارة

تجب الزكاة في قيمة عروض التجارة في قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن في العروض التي يراد بها التجارة : الزكاة إذا حال عليها الحول ، روى ذلك عن عمر وابنه وابن عباس ، وبه قال الفقهاء السبعة والحسن وجابر بن زيد وميمون بن مهران وطاوس والنخعي والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد وإسحق وأصحاب الرأي . وحكى عن مالك وداود : أنه لا زكاة فيها . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق » .

ولنا : ما روى أبو داود بإسناده عن سمرة بن جندب قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا أن نخرج الزكاة مما نعدده للبيع » ، وروى الدارقطني عن أبي ذر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « في الإبل صدقتها . وفي الغنم صدقتها ، وفي البز صدقته » ، قاله بالزاي ، ولا خلاف أنها لا تجب في عينه . وثبت أنها في قيمته ، وعن أبي عمرو بن حماس عن أبيه قال : « أمرني عمر ، فقال : أد زكاة مالك . فقلت : مالي مال إلا جعاب وأدم » ، فقال : قوموا ثم أد زكاتها ، رواه الإمام أحمد وأبو عبيد . وهذه قصة يشتهر مثلها ولم تنسك ، فيكون إجماعاً . وخبرهم المراد به زكاة العين لا زكاة القيمة ، بدليل ما ذكرنا ، على أن خبرهم عام وخبرنا خاص . فيجب تقديمه .

« مسألة ، قال : (والعروض إذا كانت لتجارة قومها إذا حال عليها الحول وزكاهما) .

العروض : جمع عرض . وهو غير الأثمان من المال على اختلاف أنواعه من النبات والحيوان والعقار وسائر المال ، فمن ملك عرضاً للتجارة لحال عليه الحول . وهو نصاب قومه في آخر الحول ، فما بلغ أخرج زكاته ، وهو ربع عشر قيمته . ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في اعتبار الحول . وقد دل عليه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » .

إذا ثبت هذا : فإن الزكاة تجب فيه في كل حول وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحق وأبو عبيد وأصحاب الرأي . وقال مالك : لا يزكيه إلا الحول واحد ، إلا أن يكون مديراً . لأن الحول الثاني لم يكن المال عيناً في أحد طرفيه فلم تجب فيه الزكاة ، كالحول الأول إذا لم يكن في أوله عيناً .

ولنا : أنه مال تجب الزكاة فيه في الحول الأول لم ينقص عن النصاب ولم تقبل صفته فوجبت زكاته في الحول الثاني . كما لو نقص في أوله . ولا نسلم أنه إذا لم يكن في أوله عيناً لا تجب الزكاة فيه ، وإذا اشترى عرضاً للتجارة بعرض للقيمة جرى في حوله الزكاة من حين اشتراه .

(فصل) ويخرج الزكاة من قيمة العروض دون عينها . وهذا أحد قولي الشافعي وقال في آخر : هو غير بين الإخراج من قيمتها وبين الإخراج من عينها ، وهذا قول أبي حنيفة ، لأنها مال تجب فيه الزكاة ، فجاء لإخراجها من عينه كسائر الأموال .

ولنا : أن النصاب معتبر بالقيمة ، فكانت الزكاة منها كالعين في سائر الأموال ولا نسلم أنه الزكاة تجب في المال ، وإنما وجبت في قيمته .

(فصل) ولا يصير العرض للتجارة إلا بشرطين : أحدهما : أن يملكه بفعله كالبيع والنكاح والخلع وقبول الهبة والوصية والغنمية واكتساب المباحات ، لأن ما لا يثبت له حكم الزكاة بدخوله في ملكه لا يثبت بمجرد التنية كالصوم ، ولا فرق بين أن يملكه بعوض أو بغير عوض ، ذكر ذلك أبو الخطاب وابن عقيل . لانه .

ملكه بفعله . أشبه للموروث . والثاني : أن ينوى عند تملكه أنه للتجارة ، فإن لم ينو عند تملكه أنه للتجارة لم يصير للتجارة ، وإن نواه بعد ذلك ، وإن ملكه بإرث وقصد أنه للتجارة لم يصير للتجارة . لأن الأصل الفنية والتجارة عارض ، فلم يصير إليها بمجرد النية ، كما لو نوى الحاضر السفر لم يثبت له حكم السفر بدون الفعل . وعن أحد رواية أخرى : أن العرض يصير للتجارة بمجرد النية لقول سمرة : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نخرج الصدقة مما نعد للبيع ، فبلى هذا لا يعتبر أن يملكه بفعله ، ولا يكون في مقابلة عرض . بل متى نوى به التجارة صار للتجارة

« مسألة ، قال (ومن كانت له سلعة للتجارة ، ولا يملك غيرها وقيمتها دون مائتي درهم ، فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول من يوم سارت مائتي درهم) .

وجملة ذلك : أنه يعتبر الحول في وجوب الزكاة في مال التجارة ، ولا ينعقد الحول حتى يبلغ نصاباً ، فلو مال سلعة قيمتها دون النصاب فبقي نصف الحول وهي كذلك ، ثم زادت قيمة النصاب بها أو تغيرت الأسعار فبلغت نصاباً أو باعها بنصاب ، أو ملك في أثناء الحول عرضاً آخر أو أثماً ثم بها النصاب ابتداء الحول من حينئذ ؛ فلا يحتسب بما مضى ، هذا قول الثوري ، وأهل العراق ، والشافعي ، وإسحق وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وابن المنذر . ولو ملك للتجارة نصاباً فنقص عن النصاب في أثناء الحول ثم زاد حتى بلغ نصاباً ، استأنف الحول عليه لكونه انقطع بنقصه في أثناءه ، وقال مالك : ينعقد الحول على ما دون النصاب . فإذا كان في آخره نصاباً زكاه وقال أبو حنيفة : يعتبر في طرفي الحول دون وسطه لأن التقويم يسبق في جميع الحول ، ففي عنه إلا في آخره فصار الاعتبار به ؛ ولأنه يحتاج إلى أن تعرف قيمته في كل وقت ليعلم أن قيمته فيه تبلغ نصاباً وذلك يشق

ولنا : أنه مال يعتبر له الحول والنصاب . فوجب اعتبار كمال النصاب في جميع الحول كسائر الأموال التي يعتبر لها ذلك . « وقولهم « يشق التقويم » لا يصح . فإن غير المقارب للنصاب لا يحتاج إلى تقويم لظهور معرفته ، والمقارب للنصاب إن سهل عليه التقويم وإلا فله الأداء والأخذ بالاحتياط ، كالاستفاد في أثناء الحول إن مهل عليه ضبط مواقيت التملك ، وإلا فله تمجيل زكاته مع الأصل .

(فصل) وإذا ملك نصباً للتجارة في أوقات متفرقة لم يضم بعضها إلى بعض .
لما بينا من أن المستفاد لا يضم إلى ما عنده في الحول ، وإن كان العرض الأول
ليس بنصاب وكل بالثاني نصاباً . فحولها من حين ملك الثاني ، ونماؤها تابع لها .
ولا يضم الثالث إليهما ، بل ابتداء الحول من حين ملكه ، وتجب فيه الزكاة .
وإن كان دون النصاب لأن قبله نصاباً . ولهذا يخرج عنه بالحصة ونماؤه تابع له .
« مسألة ، قال (وتقوم السلع إذا حال الحول بالاحظ للمساكين من عين
أو ورق ولا يعتبر ما اشترت به) .

يعنى إذا حال الحول على العروض وقيمتها بالفضة نصاب ولا تبلغ نصاباً
بالذهب قومناها بالفضة ليحصل للفقراء منها حظ ، ولو كانت قيمتها بالفضة دون
النصاب وبالذهب تبلغ نصاباً قومناها بالذهب لتجب الزكاة فيها ، ولا فرق بين
أن يكون اشتراؤها بذهب أو فضة أو عروض ، وهذا قال أبو حنيفة ، وقال
الشافعي : تقوم بما اشتراه من ذهب أو فضة ، لأن نصاب العروض مبنى على
ما اشتراه به . فيجب أن تجب الزكاة فيه ، وتعتبر به كما لو لم يشتري به شيئاً .

ولنا: أن قيمته بلغت نصاباً . فتجب الزكاة فيه كما لو اشتراه بعرض وفي البلد نقدان
مستعملان تبلغ قيمة العروض بأحدهما نصاباً ، ولأن تقويمه لحظ المساكين ، فيعتبر
ما لهم فيه الحظ كالأصل ، وأما إذا لم يشتري بالنقد شيئاً . فإن الزكاة في عينه لا في
قيمته ، بخلاف العرض إلا أن يكون النقد معداً للتجارة . فينبغي أن تجب الزكاة
فيه إذا بلغت قيمته بالنقد الآخر نصاباً ، وإن لم تبلغ بعينه نصاباً ، لأنه مال تجارة
بلغت قيمته نصاباً . فوجبت زكاته كالعروض ، فأما إذا بلغت قيمة العروض
نصاباً بكل واحد من الثمين قومه بما شاء منهما وأخرج ربع عشر قيمته من أى
النقدين شاء ، لكن الأولى أن يخرج من النقد المستعمل في البلد ، لأنه أحظ
للمساكين ، وإن كانا مستعملين أخرج من الغالب في الاستعمال لذلك ، فإن
متساويا أخرج من أيهما شاء ، وإذا باع العروض بنقد وحال الحول عليه قوم النقد
دون العروض . لأنه إنما يقوم ما حال عليه الحول دون غيره .

(فصل) وإذا اشترى عرضاً للتجارة بنصاب من الأثمان أو بمسا قيمته نصاب

من عروض التجارة بنى حول الثاني على الحول الأول ، لأن مال التجارة إنما تتعلق الزكاة بقيمته ، وقيمه : هي الأثمان نفسها ، وكذا إذا كانت ظاهرة خفيت فأشبه ما لو كان له نصاب فأقرضه لم ينقطع حوله بذلك ، وهكذا الحكم إذا باع العرض بنصاب أو بعرض قيمته نصاب ، لأن القيمة كانت خفية فظهرت أو بقيت على خفتها فأشبه ما لو كان له قرض فاستوفاه أو أقرضه لإنساناً آخر ، ولأن النماء في الغالب في التجارة إنما يحصل بالتقاييب ، ولو كان ذلك يقطع الحول لكان السبب الذي وجبت فيه الزكاة لاجله يمنعها . لأن الزكاة لا تجب إلا في مال نام ، وإن قصد بالاثمان غير التجارة لم ينقطع الحول أيضاً . وقال الشافعي : ينقطع قولاً واحداً . لانه مال تجب الزكاة في عينه دون قيمته فانقطع الحول بالبيع به كالسائمة .

ولنا : أنه من جنس القيمة التي تتعاق الزكاة بها فلم ينقطع الحول ببيعها به كما لو قصد به التجارة . وفارق السائمة فإنها من ذير جنس القيمة . فأما إن أبدل عرضاً ، التجارة بما تجب الزكاة في عينه كالسائمة ولم ينو به التجارة لم يبين حولاً ، مما على الآخر لأنهما مختلفان ، وإن أبدله بعرض للقيمة بطل الحول ، وإن اشترى عرض التجارة بعرض القيمة انعقد عليه الحول من حين ملكه إن كان نصاباً ، لأنه اشتراه بما لا زكاة فيه فلم يمكن بناء الحول عليه ، وإن اشتراه بنصاب من السائمة لم يبين على حوله لأنهما مختلفان ، وإن اشتراه بما دون النصاب من الأثمان أو من عروض التجارة انعقد عليه الحول من حين تصير قيمته نصاباً ، لأن مضي الحول على نصاب كامل شرط لوجوب الزكاة .

(فصل) وإذا اشترى للتجارة نصاباً من السائمة خلال الحول والسوم وثبة التجارة موجودان زكاة التجارة . وبهذا قال أبو حنيفة والثوري ، وقال مالك والشافعي في الجديد يزكها زكاة السوم ، لأنها أقوى لانعقاد الإجماع عليها واختصاصها بالعين فكانت أولى .

ولنا : أن زكاة التجارة أحظ للمساكين لأنها تجب فيما زاد بالحساب ، ولأن الرائد عن النصاب قد وجد سبب وجوب زكاته فيجب كما لو لم يبلغ بالسوم

نصاباً ، وإن سبق وقت وجوب زكاة السوم وقت وجوب زكاة التجارة مثل أن يملك أربعين من الغنم قيمتها دون مائتي درهم ثم صارت قيمتها في نصف الحول مائتي درهم فقال القاضي : يتأخر وجوب الزكاة حتى يتم حول التجارة ، لأنه أنفع للفقراء وإلا يفضى التأخير إلى سقوطها ، لأن الزكاة تجب فيها إذا تم حول التجارة ، ويحتمل أن تجب زكاة العين عند تمام حولها لوجود مقتضيا من غير معارض . فإذا تم حول التجارة وجبت زكاة الزائد عن النصاب لوجود مقتضيا . لأن هذا مال للتجارة . وحال الحول عليه وهو نصاب ، ولا يمكن إيجاب الزكاتين بكاملها ، لأنه يفضى إلى إيجاب زكاتين في حول واحد بسبب واحد . فلم يحز ذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ثلثي في الصدقة » ، وفارق هذا زكاة التجارة ، وزكاة الفطر . فإنهما يجتمعان لأنهما بسببين ، فإن زكاة الفطر : تجب عن بدن الإنسان المسلم طهراً له ، وزكاة التجارة : تجب عن قيمته شكراً لنعمته الغنى ومواساة للفقراء . فأما إن وجد نصاب السوم دون نصاب التجارة . مثل أن يملك ثلاثين من البقر قيمتها مائة وخمسون درهماً وحال الحول عليها كذلك . فإن زكاة العين تجب بغير خلاف ، لأنه لم يوجد لها معارض فوجب كما لو لم تكن للتجارة .

(فصل) وإن اشترى نخلاً أو أرضاً للتجارة فزرعت الأرض وأثمرت النخل فاتفق حولهما بأن يكون بدو الصلاح في الفترة واشتداد الحب عند تمام الحول ، وكانت قيمة الأرض والنخل بمفردهما نصاباً للتجارة . فإنه يركب الثمرة والحب زكاة العشر ، ويركب الأصل زكاة القيمة ، وهذا قول أبي حنيفة ، وأبي ثور . وقال القاضي وأصحابه . يركب الجميع زكاة القيمة ، وذكر أن أحمد أوما إليه ، لأنه مال تجارة . فتجب فيه زكاة التجارة كالسائمة .

ولنا : أن زكاة العشر أحظ للفقراء . فإن العشر أحظ من ربع العشر فيجب تقديم ما فيه الحظ ، ولأن الزيادة على ربع العشر قد وجد سبب وجوبها فتجب ، وفارق السائمة المعدة للتجارة فإن زكاه السوم أقل من زكاة التجارة .

د مسألة ، قال (وإذا اشتراها للتجارة ثم نواها للاقتناء ، ثم نواها للتجارة . فلا زكاة فيها حتى يبيعها ويستقبل بثمنها حولا) .

لا يختلف المذهب في أنه إذا نوى بعرض التجارة القنية أنه يصير للقنية وتسقط الزكاة منه ، وبهذا قال الشافعي . وأصحاب الرأي . وقال مالك في إحدى الروايتين عنه : لا يسقط حكم التجاره بمجرد النية ، كما لو نوى بالسائمة العلف .

ولنا : أن القنية الأصل ويكفي في الرد إلى الأصل بمجرد النية . كما لو نوى بالحلى التجارة ، أو نوى المسافر الإقامة ، ولأن نية التجارة شرط لوجوب الزكاة في العروض ، فإذا نوى القنية زالت نية التجارة ففات شرط الوجوب ، وفارق السائمة إذا نوى علفها ، لأن الشرط فيها الإسامة دون نيتها فلا يفتى الوجوب إلا بانتفاء السوم ، وإذا صار العرض للقنية بنية فنوى به التجارة لم يصير للتجارة بمجرد النية على ما أسلفناه . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي والثوري وذهب ابن عقيل ، وأبو بكر إلى أنه يصير للتجارة بمجرد النية ، وحكوه رواية عن أحمد لقوله : فيمن أخرجت أرضه خمسة أوسق فكشفت عنده سنين لا يريد بها التجارة فليس عليه زكاة ، وإن كان يريد التجارة فأعجب إلى أن يزكيه . قال بعض أصحابنا : هذا على أصح الروايتين ، لأن نية القنية بمجردهما كافية فكذا نية التجارة بل أولى ، لأن الإيجاب يغلب على الإسقاط احتياطاً ، ولأنه أحظ للمساكين فأعبر كالتقويم ؛ ولأن سمرة قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نخرج الصدقة مما نعهده للبيع ، وهذا داخل في عمومه ، ولأنه نوى به التجارة . فوجب فيه الزكاة كما لو نوى حال البيع .

ولنا : أن كل ما لا يثبت له الحكم بدخوله في ملكه لا يثبت بمجرد النية كما لو نوى بالمعلوفة السوم ، ولأن القنية الأصل والتجارة فرع عليها ، فلا ينصرف إلى الفرع بمجرد النية ، كما لقيم ينوى للسفر وبالعكس من ذلك ما لو نوى القنية فإنه يردّها إلى الأصل ، فانصرف إليه بمجرد النية ، كما لو نوى المسافر الإقامة ، فكذا نوى إذا نوى بمال التجارة القنية انقطع حوله ، ثم إذا نوى به التجارة فلا شيء فيه حتى يبيعه ويستقبل بثمنه حولا .

(فصل) فإن كانت عنده ماشية للتجارة ذءف حول فنوى بها الاسامة وقطع نية التجارة انقطع حول التجارة واستأنف حولا . كذلك قال الثوري وأبو ثور . وأصحاب الرأي : لأن حول التجارة انقطع بنية الاقتناء وحول السوم

لا ينبغي على حول التجاره ، والاشبه بالدليل أنها متى كانت سائمة من أول الحول وجبت الزكاة فيها عند تمامه ، وهذا يروى نحوه عن إسماعيل ، لأن السوم سبب لوجوب الزكاة وجد في جميع الحول خالياً عن معارض فوجبت به الزكاة كالمولم ينو التجارة ، أو كما لو كانت السائمة لا تبلغ نصاباً بالقيمة .

« مسألة ، قال « وإذا كان في ملكه نصاب للزكاة فاتجر فيه فتمى أدى زكاة الأصل مع النماء إذا حال الحول »

وجملته . أن حول النماء مبنى على حول الأصل . لأنه تابع له في الملك فتبعه في الحول كالسخال والنتاج ، وبهذا قال مالك ، وإسماعيل . وأبو يوسف ، وأما أبو حنيفة . فإنه بنى حول كل مستفاد على حول جنسه نماء كان أو غيره . وقال الشافعي : إن نضت الفائدة قبل الحول لم ين حولها على حول النصاب واستأنف بها حولاً . لقوله عليه السلام ، لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول ، ولأنها فائدة تامة لم تولد مما عنده فلم ين على حوله كالمولم استفاد من غير الربح . وإن اشترى سلعة بنصاب فزادت قيمتها عند رأس الحول ، فإنه يضم الفائدة ويركى عن الجميع بخلاف ما إذا باع السلعة قبل الحول بأكثر من نصاب . فإنه يركى عند رأس الحول عن النصاب ويستأنف للزيادة حولاً

ولنا : أنه نماء جار في الحول تابع لأصله في الملك فكان مضموماً إليه في الحول كالنتاج وكالمولم ينض ؛ ولأنه ممن عرض تجب زكاة بعضه . ويضم إلى ذلك البعض قبل البيع ، فيضم إليه بعده كبعض النصاب ، ولأنه لو بقي عرضاً زكى جميع القيمة ، فإذا نض كان أولى . لأنه يصير متحققاً ، ولأن هذا الربح كان تابعاً لأصل في الحول كما لو لم ينض فبنضه لا يتغير حوله . والحديث فيه مقال ، وهو مخصوص بالنتاج وبما لم ينض فنقيس عليه .

(فصل) وإن اشترى للتجارة ما ليس بنصاب فتمى حتى صار نصاباً انعقد عليه الحول من حين صار نصاباً في قول أكثر أهل العلم . وقال مالك : إذا كانت له خمسة دنانير فاتجر فيها فحال عليها الحول وقد بلغت ما تجب فيه الزكاة يركبها .

ولنا : أنه لم يحل الحول على نصاب فلم تجب فيه الزكاة ، كما لو نقص في آخره .
 (فصل) وإذا اشترى للتجارة شقصاً بألف فحال عليه الحول وهو يساوى ألفين ،
 فعليه زكاة ألفين ، فإن جاء الشفيع أخذه بألف ، لأن الشفيع إنما يأخذ بالثنى
 لا بالقيمة ، والزكاة على المتري . لأنها وجبت وهو في ملكه ، ولو لم يأخذه
 الشفيع ، لكن وجد به عيباً فردّه ، فإنه يأخذ من البائع ألفاً ، ولو انعكست
 المسألة فاشترى بألفين وحال الحول وقيمته ألف . فعليه زكاة ألف ، ف يأخذه الشفيع
 إن أخذه ويرده بالعيب بألفين . لأنهما الثمن الذي وقع البيع به .

(فصل) وإن دفع إلى رجل ألفاً مضاربة على أن الربح بينهما نصفان فحال
 الحول وقد صار ثلاثة آلاف . فعلى رب المال زكاة ألفين ، لأن ربح التجارة
 حوله حول أصله وقال الشافعي في أحد قوليه : عليه زكاة الجميع ، لأن الأصل له
 والربح نماء ماله ولا يصح ، لأن حصة المضارب له وليست ملكاً لرب المال ،
 بدليل أن للمضارب المطالبة بها ، ولو أراد رب المال دفع حصته إليه من غير هذا
 المسال لم يلزمه قبوله ، ولا تجب على الإنسان زكاة ملك غيره ، ولأن رب المال
 يقول حصتك أيها العامل مترددة بين أن تسلم فتكون لك ، أو تتلف فلا تكون لي
 وللا لك . فكيف يكون على زكاة ما ليس لي بوجه ما ؟ وقوله : إنه نماء ماله .
 قلنا : لكنه لغیره ، فلم تجب عليه زكاة ، كما لو ذهب نتاج سائمته لغیره ، إذا ثبت
 هذا : فإنه يخرج الزكاة من المال . لأنه من مؤنته ، فكان منه كونه حمله ويحسب
 من الربح ، لأنه وقاية لرأس المال .

وأما العامل فليس عليه زكاة في حصته حتى يفتسما ويستأنف حولاً من حيثئذ .
 نص عليه أحمد في رواية صاح وابن منصور . فقال : فإذا احتسباً يركب المضارب
 إذا حال الحول من حين احتسب . لأنه علم ماله في المال ، ولأنه إذا اتضع بعد
 ذلك كانت الوضعية على رب المال ، يعني : إذا اقتسما . لأن القسمة في الغالب
 تكون عند المحاسبة . ألا تراه يقول : إن اتضع بعد ذلك كانت الوضعية
 على رب المال ، وإنما يكون هذا بعد القسمة . وقال أبو الخطاب : يحتسب حوله
 من حين ظهور الربح ، يعني : إذا كل نصاباً ، إلا على قول من قال : إن الشركة
 تؤثر في غير الماشية ، قال : ولا يجب لإخراج زكاته حتى يقبض المال . لأن العامل

يملك الربح بظهوره ، فإذا ملكه جرى في حول الزكاة ، ولأن من أصلنا : أن في المال الضال والمقصوب والدين على ماطل الزكاة ، وإن كان رجوعه إلى ملك يده منظوناً كذا ههنا .

ولنا : أن ملك المضارب غير تام . لأنه يعرض أن تنقص قيمة الأصل أو يخسر فيه . وهذا وقاية له . ولهذا منع من الاختصاص به والتصرف فيه بحق نفسه ، فلم يكن فيه زكاة كالمسكاتب . يؤكد هذا : أنه لو كان ملكاً تاماً لاختص بربحه ، فلو كان رأس المال عشرة فأنجز فيه فربح عشرين ، ثم أنجز فربح ثلاثين سكاف الخسوس التي ربحها بينهما نصفين ، ولو تم ملكه بمجرد ظهور الربح للملك من العشرين الأولى عشرة واختص بربحها وهي عشرة من الثلاثين وكانت العشرون الباقية بينهما نصفين فيملك المضارب ثلاثين ، ولرب المال ثلاثون كما لو اقتسما العشرين ثم خلطاهما ، فارق المقتصوب والضال . فإن الملك فيه ثابت تام وإنما حيل بينه وبينه بخلاف مسألتنا ، ومن أوجب الزكاة على المضارب فإنما يوجبها عليه إذا حال الحول من حين تبلغ حصته نصيباً بمفردها أو بضمها إلى ما عنده من جنس المال أو من الأثمان ، إلا على الرواية التي تقول : إن الشركة تأثيراً في غير السائمة ، وليس عليه إخراجها قبل القسمة كالدين لا يوجب الإخراج منه قبل قبضه ، وإن أراد إخراجها منه قبل القسمة لم يجز . لأن الربح وقاية لرأس المال ، ويحتمل أن يجوز . لأنهما دخلا على حكم الإسلام ، ومن حكمه وجوب الزكاة وإخراجها من المال .

(فصل) وإذا أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في إخراج زكاته أو أذن رجلان غير شريكين كل واحد منهما للآخر في إخراج زكاته فأخرج كل واحد منهما زكاته وزكاة صاحبه معاً في حال واحدة ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه لأن كل واحد منهما انعزل من طريق الحكم عن وكالة إخراج من عليه الزكاة زكاته بنفسه ، ويحتمل أن لا يضمن إذا لم يعلم بإخراج صاحبه إذا قلنا إن الوكيل لا ينعزل قبل الحكم بعزل الموكل أو بموته ، ويحتمل أن لا يضمن وإن قلنا إنه ينعزل لأنه غره بتسليطه على الإخراج وأمره به ولم يعلمه بإخراجه فكان خطره التفرير عليه كما لو غره بحرية أمة . وهذا أحسن إن شاء الله تعالى . وعلى هذا

إن علم أحدهما دون الآخر . فعلى العالم الضمان دون الآخر . فأما إن أخرجهما أحدهما قبل الآخر فعلى هذا الوجه لا ضمان على واحد منهما إذا لم يعلم ، وعلى الثاني الضمان دون الأول .

باب زكاة الدين والصدقة

الصدقة : هي الصداق وجعها صدقات قال الله تعالى : (٤ : ٤) وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) وهي من جملة الديون وحكمها حكمها ، وإلزاماً لأفردتها بالذكر لاشتهارها باسم خاص .

« مسألة ، قال (وإذا كان معه مائتا درهم ، وعليه دين فلا زكاة عليه) .

وجملة ذلك : أن الدين يمنع وجوب الزكاة في الأموال الباطنة رواية واحدة وهي الأثمان ، وعروض التجارة ، وبه قال عطاء ، وسليمان بن يسار ، وميمون بن مهران ؛ والحسن ، والنخعي ، والليث ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال ربيعة ، ومحمد بن سليمان ، والشافعي في جديد قوله لا يمنع الزكاة ، لأنه حر مسلم ملك نصاباً حولاً فرجبت عليه الزكاة كمن لا دين عليه .

ولنا : ما روى أبو عبيد في الأموال : حدثنا إبراهيم بن سعد عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد قال : سمعت عثمان بن عفان يقول « هذا شهر زكاتكم . فمن كان عليه دين فليؤده حتى تخرجوا زكاة أموالكم » . وفي رواية « فمن كان عليه دين فليقض دينه وليترك بقية ماله » قال ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكروه . فدل على اتفاقهم عليه . وروى أصحاب مالك عن عير بن عمران عن شعاع عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا كان لرجل ألف درهم وعليه ألف درهم فلا زكاة عليه ، وهذا نص ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم فأردها في فقرائكم » فدل على أنها إجماع يجب على الأغنياء ولا تدفع إلا إلى الفقراء . وهذا بمن يحل له أخذ الزكاة . فيسكون

فقيراً فلا تجب عليه الزكاة . لأنها لا تجب إلا على الأغنياء للخبير ولقوله عليه السلام « لا صدقة إلا عن ظهر غنى » ويخالف من لا دين له عليه ، فإنه غنى يملك نصاباً ، يحقق هذا : أن الزكاة إنما وجبت مواساة للفقراء وشكراً لنعمة الغنى ، والمدين محتاج إلى قضاء دينه كحاجة الفقير أو أشد . وليس من الحكمة تعطيل حاجة المالك لحاجة غيره ولا حصل له من الغنى ما يقتضى الشكر بالإخراج ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » .

(فصل) فأما الأموال الظاهرة وهي : السائمة ، والحبوب ، والثمار . فروى عن أحمد : أن الدين يمنع الزكاة أيضاً فيها لما ذكرناه في الأموال الباطنة . قال أحمد في رواية لإسحق بن إبراهيم : يبتدىء بالدين فيقضيه ، ثم ينظر ما بقي عنده بعد إخراج النفقة فيزكى ما بقي . ولا يكون على أحد دينه أكثر من ماله صدقة في إبل أو بقرة ، أو غنم ، أو زرع . ولا زكاة . وهذا قول عطاء والحسن وسليمان وميمون ابن مهران والنخعي والثوري والليث وإسحق ، لعموم ما ذكرنا وروى : أنه لا يمنع الزكاة فيها . وهو قول مالك والأوزاعي والشافعي . وروى عن أحمد أنه قال : قد اختلف ابن عمر وابن عباس . فقال ابن عمر « يخرج ما استدان أو أنفق على ثمرته وأهله ويزكى ما بقي » وقال الآخر « يخرج ما استدان على ثمرته ويزكى ما بقي » وإليه ذهب أن لا يزكى ما أنفق على ثمرته خاصة ويزكى ما بقي ، لأن المصدق إذا جاء فوجد إبلاً ، أو بقراً ، أو غنماً . لم يسأل أى شيء على صاحبها من الدين ؟ وليس المال هكذا . ففلي هذه الرواية : لا يمنع الدين الزكاة في الأموال الظاهرة إلا في الزرع والثمار فيما استدانه للاتفاق عليها خاصة . وهذا ظاهر قول الحرق . لأنه قال في الخراج : يخرج ما بقي . جعله كالدين على الزرع . وقال في الماشية المرهونة : يؤدى منها إذا لم يكن له مال يؤدى عنها . فأوجب الزكاة فيها مع الدين . وقال أبو حنيفة : الدين الذى تتوجه فيه المطالبة يمنع فى سائر الأموال إلا الزرع والثمار ، بناء منه على أن الواجب فيها ليس بصدقة . والفرق بين الأموال الظاهرة والباطنة : أن تعلق الزكاة بالظاهرة أكد لظهورها وتعلق قلوب الفقراء بها . ولهذا يشرع إرسال من يأخذ صدقتها من أربابها ، وكان النبي صلى الله عليه وسلم « يعف السعاة فيأخذون الصدقة من أربابها » وكذلك الخلفاء بعده . وعلى منعها فاتهم

أبو بكر الصديق رضى الله عنه ، ولم يأت عنه أنهم استكروها أحداً على صدقة الصامت ولا طالبوه بها ، إلا أن يأتى بها طوعاً ، ولأن السعاة يأخذون زكاة ما يجدون ، ولا يألون عملاً على صاحبها من الدين . فدل على أنه لا يمنع زكاتها . ولأن تعلق أطماع الفقراء بها أكثر ، والحاجة إلى حفظها أوفر . فتكون الزكاة فيها أوكد .

(فصل) وإنما يمنع الدين الزكاة إذا كان يستغرق النصاب أو ينقصه ، ولا يجدر ما يقضيه به سوى النصاب ، أو مالا يستغنى عنه مثل أن يكون له عشرون مثقالاً ، وعليه مثقال أو أكثر أو أقل مما ينقص به النصاب إذا قضا به ولا يجدر قضاء له من غير النصاب ، فإن كان له ثلاثون مثقالاً وعليه عشرة . فعليه زكاة العشرين ، وإن كان عليه أكثر من عشرة . فلا زكاة عليه ، وإن كان عليه خمسة . فعليه زكاة خمسة وعشرين ، ولو أن له مائة من الغنم ، وعليه ما يقابل ستين . فعليه زكاة الأربعين . فإن كان عليه ما يقابل إحدى وستين فلا زكاة عليه . لأنه ينقص النصاب ، وإن كان له مائة من جنسين وعليه دين جعله في مقابلة ما يقضى منه ، فلو كان له خمس من الإبل ومائتا درهم فإن كانت عليه سلماً أو دية ونحو ذلك مما يقضى بالإبل جعلت الدين في مقابلتها ووجب عليه زكاة الدراهم ، وإن كان ألتفها أو غصبها جعلت قيمتها في مقابلة الدراهم . لأنها تقضى منها ، وإن كانت قرصاً خرج على الوجهين فيما يقضى منه . فإن كانت إذا جعلناها في مقابلة أحد المائتين فضلت منها فضلة تنقص النصاب الآخر . وإذا جعلناها في مقابلة الآخر لم يفضل منها شيء كرجل له خمس من الإبل ومائتا درهم وعليه ست من الإبل قيمتها مائتا درهم . وإذا جعلناها في مقابلة المائتين لم يفضل من الدين شيء نقص نصاب السائمة ، وإذا جعلناها في مقابلة الإبل فضلت منها بشيء نقص نصاب الدراهم ، أو كانت بالعكس ، مثل أن يكون عليه مائتان وخمسون درهماً وله من الإبل خمس أو أكثر تساوى الدين أو تفضل عليه . جعلنا الدين في مقابلة الإبل ما هنا . وفي مقابلة الدراهم في الصورة الأولى ، لأن له من المال ما يقضى به الدين سوى النصاب ، وكذلك لو كان عليه مائة درهم وله مائتا درهم وتسع من الإبل ، فإذا جعلناها في مقابلة الإبل لم ينقص نصابها ، لكون الأربع الزائدة عنه تساوى السائمة وأكثر

منها ، وإن جعلناه في مقابلة الدراهم سقطت الزكاة منها . فجعلناها في مقابلة الابل ، كما ذكرنا في التي قبلها . ولأن ذلك أخط للفقراء . وذكر القاضي نحو هذا . فإنه قال . إذا كان النصابان زكويين ، جعلت الدين في مقابلة ما الحظ للمساكين في جعله في مقابلته ، وإن كان من غير جنس الدين . فإن كان أحد المساكين لا زكاة فيه والآخر فيه الزكاة ، كرجل عليه مائتا درهم ، وله مائتا درهم وعروض للقنينة تساوي مائتين . فقال القاضي : يجعل الدين في مقابلة العروض . وهذا مذهب مالك وأبي عبيد . قال أصحاب الشافعي : وهو مقتضى قوله . لأنه مالت لمائتين زائدة عن مبلغ دينه . فوجب عليه زكاتها ، كما لو كان جميع ماله جنساً واحداً ، وظاهر كلام أحمد رحمه الله : أنه يجعل الدين في مقابلة ما يقضى منه . فإنه قال في رجل عنده ألف وعليه ألف وله عروض بألف : إن كانت العروض للتجارة زكاه ، وإن كانت لغير التجارة فليس عليه شيء . وهذا مذهب أبي حنيفة . ويحكي عن الليث بن سعد . لأن الدين يقضى من جنسه عند التشاح لجعل الدين في مقابلته أولى كما لو كان النصابان زكويين ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد ها هنا على ما إذا كان العرض تتعلق به حاجته الأصلية ، ولم يكن فاضلاً عن حاجته فلا يلزمه صرفه في وفاة الدين . لأن الحاجة أهم ، ولذلك لم تجب الزكاة في الحل المعد للاستعمال ، ويكون قول القاضي محمولا على من كان العرض فاضلاً عن حاجته . وهذا أحسن ، لأنه في هذه الحال مالك لنصاب فاضل عن حاجته وقضاء دينه . فليزمت زكاته كما لو لم يكن عليه دين . فأما إن كان عنده نصابان زكويان . وعليه دين من غير جنسهما ولا يقضى من أحدهما . فإنك تجعله في مقابلة ما الحظ للمساكين في جعله في مقابلته .

(فصل) فأما دين الله كالكفارة والنذر . ففيه وجهان . أحدهما : يمنع الزكاة كدين الآدمي . لأنه دين يجب قضاءه فهو كدين الآدمي . يدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم : دين الله أحق أن يقضى ، والآخر : لا يمنع . لأن الزكاة آكد منه لتعلقها بالعين ؛ فهو كآرش الجنابة ويفارق دين الآدمي لتأكده وتوجه المطالبة به ، فإن نذر الصدقة بمعين . فقال : لله على أن أتصدق بهذه المساكين درهم إذا حال الحول . فقال ابن عقيل : يخرجها في النذر ، ولا زكاة عليه . لأن النذر آكد

لتعلقه بالعين والزكاة مختلف فيها ، ويحتمل أن تلزمه زكاتها ونجزه الصدقة بها . إلا أن ينوى الزكاة بقدرها . ويكون ذلك صدقة تجزئه عن الزكاة لكون الزكاة صدقة وسائرهما يكون صدقة لنذره . وليس بزكاة . وإن نذر الصدقة ببعضها وكان ذلك البعض قدر الزكاة أو أكثر . فعلى هذا الاحتمال يخرج المندور . وينوى الزكاة بقدرها منه . وعلى قول ابن عقيل : يحتمل أن تجب الزكاة عليه . لأن النذر إنما تعلق ببعض بعد وجود سبب الزكاة وتتمام شرطه ، فلا يمنع الوجوب لكون المحل متسعاً لها جميعاً . وإن كان المندور أقل من قدر الزكاة . وجب قدر الزكاة ، ودخل النذر فيه في أحد الوجهين ، وفي الآخر يجب لإخراجهما جميعاً .

(فصل) إذا قلنا : لا يمنع الدين وجوب الزكاة في الأموال الظاهرة للحجر الحاكم عليه بعد وجوب الزكاة لم يملك لإخراجها . لأنه قد انقطع تصرفه في ماله . وإن أقر بها بعد الحجر لم يقبل لإقراره وكانت عليه في ذمته كدين الأدنى ، ويحتمل أن تسقط إذا حجر عليه قبل إمكان أدائها كما لو تلف ماله ، فإن أقر الغرماء بوجوب الزكاة عليه ، أو ثبت بيئته ، أو كان قد أقر بها قبل الحجر عليه وجب لإخراجها من المال ، فإن لم يخرجوها فعليه إتمامها .

(فصل) وإذا جنى العبد المعدل للتجارة جنابة تعلق أرضها برقبته منع وجوب الزكاة فيه . إن كان ينقص النصاب . لأنه دين ، وإن لم ينقص النصاب منع الزكاة في قدر ما يقابل الأرض .

«مسألة» قال : (وإذا كان له دين على مليء فليس عليه زكاة حتى يقبضه ويؤدى لما مضى)

وجملة ذلك : أن الدين على ظريين : أحدهما دين على معترف به باذله فعلى صاحبه زكاته إلا أنه لا يلزمه إخراجها حتى يقبضه فيؤدى لما مضى ، روى ذلك عن علي رضي الله عنه . وبهذا قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي . وقال عثمان ، وابن عمر . وجابر رضي الله عنهم ، وطاوس ، والنخعي ، وجابر بن زبد ، والحسن ، وميمون بن مهران ، والزهرى ، وقتادة ، وحمام بن أبي سليمان ، والشافعي ، وإسحاق وأبو عبيد : عليه إخراج الزكاة في الحال وإن لم يقبضه . لأنه

قادر على أخذه والتصرف فيه . فلزمه إخراج زكاته كالوديعة . وقال عكرمة :
ليس في الدين زكاة ، وروى ذلك عن عائشة وابن عمر رضى الله عنهم . لأنه غير
نام فلم تجب زكاته كمروض القنية .

وروى عن سعيد بن المسيب ، وعطاء بن أبي رباح ، وعطاء الخراساني ،
وأبي الزناد : يزكيه إذا قبضه لسنة واحدة .

ولنا أنه دين ثابت في الذمة فلم يلزمه الإخراج قبل قبضه ، كما لو كان على
معسر ؛ ولأن الزكاة تجب على طريق المواصاة ، وليس من المواصاة أن يخرج زكاة
مال لا ينتفع به ، وأما الوديعة : فهي بمنزلة ما في يده . لأن المستودع نائب عنه
في حفظه ويده كيده ، وإنما يزكيه لما مضى . لأنه مملوك له يقدر على الانتفاع
به فلزمته زكاته كسائر أمواله .

الضرب الثاني : أن يكون على معسر أو جاحد . أو ما طل به . فهذا هل تجب
فيه الزكاة على روايتين ، إحداهما : لا تجب ، وهو قول قتادة وإسحق ، وأبي ثور .
وأهل العراق . لأنه غير مقدور على الانتفاع به أشبه مال المسكاتب . والرواية
الثانية : يزكيه إذا قبضه لما مضى . وهو قول الثوري . وأبي عبيد لما روى عن
علي رضى الله عنه في الدين المظنون ، قال : إن كان صادقاً فليزك إذا قبضه لما
مضى ، وروى نحوه عن ابن عباس . رواهما أبو عبيد ، ولأنه مملوك يجوز
التصرف فيه فوجبت زكاته ، لما مضى كالدين على المثل ، وللشافعي قولان
كالروايتين ، وعن عمر بن عبد العزيز ، والحسن والليث ، والأوزاعي ومالك يزكيه
إذا قبضه لعام واحد .

ولنا : أن هذا المال في جميع الأحوال على حال واحد فوجب أن يتساوى
في وجوب الزكاة أو سقوطها كسائر الأموال ؛ ولا فرق بين كون الغريم يجمده
في الظاهر دون الباطن أو فیهما .

(فصل) وظاهر كلام أحمد : أنه لا فرق بين الحال والمؤجل . لأن البراءة
تصح من المؤجل ، ولولا أنه مملوك لم تصح البراءة منه لكن يكون في حكم الدين
على المعسر . لأنه يمكن قبضه في الحال .

(فصل) ولو أجر داره سنتين بأربعين ديناراً ملك الأجرة من حين العقد .
وعليه زكاة جميعها إذا حال عليه الحول . لأن ملك المكسب عليه تام بدليل جواز
التصرف فيها بأنواع التصرفات ، ولو كانت جارية كان له وطؤها وكونها بعرض
الرجوع لا يفسخ العقد ، لا يمنع وجوب الزكاة كالصداق قبل الدخول ، ثم إن
كان قد قبض الأجرة أخرج الزكاة منها ، وإن كانت ديناً فهي كالدين ، معجلاً
كان أو مؤجلاً . وقال مالك وأبو حنيفة : لا يزكيها حتى يقبضها ويقول عليه
الحول بناء على أن الأجرة لا تستحق بالعقد . وإنما تستحق بانقضاء مدة الإجارة .
وهذا يذكر في موضعه إن شاء الله تعالى ، وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى : فيمن
قبض من أجر عقار نصاباً يزكيه في الحال ، وقد ذكرناه في غير هذا الموضع ،
وحملناه على أنه حال عليه الحول قبل قبضه .

(فصل) ولو اشترى شيئاً بعشرين ديناراً ، أو أسلم نصاباً في شيء لحال الحول
قبل أن يقبض المشتري المبيع ، أو يقبض المسلم فيه والعقد باق فلي البائع والمسلم
إليه : زكاة الثمن ، لأن ملكه ثابت فيه فإن افسخ العقد اتلف المبيع ، أو تعذر
المسلم فيه وجب رد الثمن وزكاته على البائع .

(فصل) والغنيمة يملك الغانمون أربعة أخماسها بانقضاء الحرب ، فإن كانت
جلساً واحداً تجب فيه الزكاة ، كالآتمان والسائمة ونصيب كل واحد منهم منها نصاب
فعليه زكاته إذا انقضى الحول ، ولا يلزمه إخراج زكاته قبل قبضه لما ذكرناه
في الدين على المملوك ، وإذا كان دون النصاب فلا زكاة فيه إلا أن تكون سائمة أربعة
أخماسها تبلغ النصاب فتكون خلطة ولا تضم إلى الخمس . لأنه لا زكاة فيه ، فإن
كانت الغنيمة أجناساً كإبل وبقر وغنم . فلا زكاة على واحد منهم . لأن للإمام أن
يقسم بينهم قسمة بحكم فيعطى كل واحد منهم من أى أصناف المسال شاء فأنتم مملوكه
على شيء معين بخلاف الميراث .

« مسألة ، قال : (وإذا غضب مالا زكاه إذا قبضه لما مضى في إحدى الروايتين
عن أبي عبد الله والرواية الأخرى . قال : ليس هو كالدين الذي متى قبضه زكاه ،
وأحب إلى أن يزكيه) .

« قوله إذا غصب مالا ، أى إذا غصب الرجل مالا فالفعل الأول للرْفْع مستتر فى الفعل والمال هو المفعول الثانى فكذلك نصيبه ، وفى بعض النسخ « وإذا غصب ماله ، وكلاهما صحيح والحكم فى المغصوب والمسروق والمجود والضال واحد ، وفى جميعه روايتان : إحداهما : لا زكاة فيه . نقه الأثرم والميمونى . ومتى عاد صار للمستفاد يستقبل به حولا ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى فى قديم قوليه ، لأنه مال خرج عن يده وتصرفه وصار ممنوعاً منه فلم يلزمه زكاته كمال المكاتب . والثانية : عليه زكاته . لأن ملكه عليه تام فلزمته زكاته كما لو نسي عند من أودعه ، أو كالأمر ، أو حبس ، وحيل بينه وبين ماله ، وعلى كلتا الروايتين لا يلزمه إخراج زكاته قبل قبضه . وقال مالك : إذا قبضه زكاه لحول واحد ، لأنه كان فى ابتداء الحول فى يده ، ثم حصل بعد ذلك فى يده فوجب أن لا تسقط الزكاة عن حول واحد ، وليس هذا بصحيح . لأن المانع من وجوب الزكاة إذا وجد فى بعض الحول يمنع كنفص النصاب .

(فصل) وإن كان المغصوب سائمة معلوفة عند صاحبها وغاصبها فلا زكاة فيها لفقدان الشرط ، وإن كانت سائمة عندهما ففيها الزكاة على الرواية التى تقول بوجوبها فى المغصوب . وإن كانت معلوفة عند صاحبها سائمة عند غاصبها ففيها وجهان : أحدهما : لا زكاة عليه . لأن صاحبها لم يرض بإسائها فلم تجب عليه الزكاة بفعل الغاصب كالورعت من غير أن يسيما ، والثانى : عليه الزكاة ، لأن السوم ، يوجب الزكاة من المسالك فأوجبها من الغاصب كما لو كانت سائمة عندهما ، وكألو غصب بذراً فزرعه وجب العشر فيها خرج منه ، وإن كانت سائمة عند مالكها معلوفة عند غاصبها فلا زكاة فيها لفقدان الشرط . وقال القاضى : فيه وجه آخر أن الزكاة تجب فيها ، لأن العلف محرم فلم يؤثر فى الزكاة كما لو غصب أثماً فأصانها حلياً لم تسقط الزكاة عنها بصياغته . قال أبو الحسن الآمدى : هذا هو الصحيح . لأن العلف إنما أسقط الزكاة لما فيه من المؤنة وههنا لا مؤنة عليه .

ولنا ؛ أن السوم شرط لوجوب الزكاة ولم يوجد فلم تجب الزكاة كنفص النصاب والمالك وقوله : إن العلف محرم ، غير صحيح ، وإنما المحرم الغصب ، وإنما العلف تصرف منه فى ماله بإطعامها لزيادة . ولا تحريم فيه ، ولهذا لو علفها عند مالكها

لم يحرم عليه . وما ذكره الأمدى من خفة المؤنة غير صحيح ، فإن الخفة لا تعتبر بنفسها وإنما تعتبر بمظنتها ، وهى السوم ، ثم يبطل ما ذكره بما إذا كانت معلوفة عندهما جميعاً ، ويبطل ما ذكره القاضى بما إذا علقها مالكها علقاً محرماً أو أتلف شاة من النصاب . فإنه محرم وتسقط به الزكاة . وأما إذا غصب ذهباً فصاغه حلياً فلا يشبه ما اختلفنا فيه ، فإن العلفات به شرط الوجوب ، والصيانة لم يفت بها شيء وإنما اختلف في كونها مسقطه بشرط كونها مباحة ، فإذا كانت محرمة لم يوجد شرط الإسقاط . ولأن المالك لو علقها علقاً محرماً لسقطت الزكاة ، ولو صاغها صياغة محرمة ، لم تسقط فافترقا ، ولو غصب حلياً مباحاً فكسره ، أو ضربه دراهم . أو دنافير وجبت فيه الزكاة ، لأن المسقط للزكاة زال ، فوجبت الزكاة ، ويحتمل أن لا تجب كما لو غصب معلوفة فأسامها ، ولو غصب عرباً فأنجر فيها لم تجب فيها الزكاة . لأن نية التجارة شرط ولم توجد من المالك ، وسواء كانت للتجارة عند مالكها أو لم تكن . لأن بقاء النية شرط . ولم بنو التجارة بها عند الغاصب ، ويحتمل أن تجب الزكاة إذا كانت للتجارة عند مالكها واستدام النية ، لأنها لم تخرج عن ملكه بغصبها ، وإن نوى بها الغاصب القنية ؛ وكل موضع أوجبنا الزكاة . فعلى الغاصب ضمانها . لأنه نقص حصل في يده فوجب عليه ضمانه كتلفه .

(فصل) إذا ضلت واحدة من النصاب . أو أكثر أو غصبت فنقص النصاب . فالحكم فيه كالأصل جميعه أو غصب ؛ لكن إن قلنا بوجوب الزكاة فعليه الإخراج عن الموجود عنده ؛ وإذا رجع الضال أو المغمصوب أخرج عنه كالأصل جميعه .

(فصل) وإن أسر المالك لم تسقط عنه الزكاة سواء حبل بينه وبين ماله ؛ أو لم يحل لأن تصرفه فى ماله نافذ يصح بيعه . وهبته ، وتوكيله فيه .

(فصل) وإن ارتد قبل مضى الحول وحال الحول وهو مرتد ، فلا زكاة عليه . نص عليه لأن الإسلام شرط لوجوب الزكاة فعدمه فى بعض الحول يسقط الزكاة كالمالك والنصاب ، وإن رجع إلى الإسلام قبل مضى الحول استأنف حوله لما ذكرنا . قال أحمد ؛ إذا أسلم المرتد ، وقد حال على ماله الحول . فإن المسأل له

ولا يركبه حتى يستأنف به الحول ، لأنه كان ممنوعاً منه ، فأما إن ارتد بعد الحول لم تسقط الزكاة عنه ؛ وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة تسقط . لأن من شرطها النية فسقطت بالردة كالصلاة .

ولنا : أنه حق مال فلا يسقط بالردة كالدين ؛ وأما الصلاة فلا تسقط أيضاً ؛ لكن لا يطالب بفعلها . لأنها لا تصح منه ، ولا تدخلها النيابة . فإذا عاد وجبت عليه ؛ والزكاة تدخلها النيابة ؛ ولا تسقط بالردة كالدين . وبأخذها الامام من الممتنع ؛ وكذا ههنا يأخذها الامام من ماله كما يأخذها من المسلم الممتنع ؛ فإن أسلم بعد أخذها . لم يلزمه أداؤها ، لأنها سقطت عنه بأخذها كما تسقط بأخذها من المسلم الممتنع ، ويحتمل أن لا تسقط ؛ لأن الزكاة عبادة فلا تحصل من غير نية ، وأصل هذا ما لو أخذها الامام من المسلم الممتنع ، وقد ذكر في غير هذا ؛ وإن أخذها غير الامام أو نائبه لم تسقط عنه . لأنه لا ولاية له عليه فلا يقوم مقامه بخلاف نائب الامام ، وإن أداها في حال رده لم تجزه . لأنه كافر فلا يصح منه كالصلاة .

مسألة ، قال (واللقطة إذا صارت بعد الحول كسائر مال الملتقط استقبل بها حولا ثم زكاهما فإن جاء ربهما زكاهما للحول الذي كان الملتقط ممنوعاً منها) .

ظاهر المذهب : أن اللقطة تملك بمضى حول التعريف ، واختار أبو الخطاب . أنه لا يملكها حتى يختار . وهو مذهب الشافعي . وبذكر في موضعه إن شاء الله تعالى ، ومتى ملكها استأنف حولا ، فإذا مضى وجبت عليه زكاتها ، وحكى القاضي في موضع أنه إذا ملكها وجب عليه مثلها إن كانت مثلية ، أو قيمتها إن لم تكن مثلية ، وهذا مذهب الشافعي : وبذكر في موضعه إن شاء الله تعالى . ومقتضى هذا أن لا تجب عليه زكاتها . لأنه دين فنح الزكاة كسائر الديون . وقال ابن عقيل : يحتمل أن لا تجب الزكاة فيها لمعنى آخر ، وهو أن ملكه غير مستقر عليها ، ولصاحبها أخذها منه متى وجدها . والمذهب ما ذكره الحرق ، وما ذكره القاضي : فيضى إلى ثبوت معاوضة في حق من لا ولاية عليه بغير فعله ، ولا اختياره ويقضى ذلك أن يمنع الدين الذي عليه الميراث والوصية . كسائر الديون والأمر بخلافه ، وما ذكره

ابن عقيل : يبطل بما وهبه الأب لولده وينصف الصداق فإن لها استرجاعه ، ولا يمنع وجوب الزكاة فأما ربها إذا جاء فأخذها . فذكر الخرق : أنه يتركها للحول الذي كان الملتقط ممنوعاً منها ، وهو حول التعريف . وقد ذكرنا في الضال روايتين وهذا من جملته ، وعلى مقتضى قول الخرق : أن الملتقط لو لم يملكها مثل من لم يصرها . فإنه لا زكاة على ملتقطها ، وإذا جاء ربها زكاها للزمان كله ، وإنما يجب عليه زكاتها إذا كانت ماشية بشرط كونها سائمة عند الملتقط ، فإن علمها فلا زكاة عليه على ما ذكرنا في المغصوب .

و مسألة ، قال (والمرأة إذا قبضت صداقها زكته لما مضى) .

وجملة ذلك : أن الصداق في الذمة دين للمرأة حكمه حكم الديون على ما مضى ، إن كان على مليء به فالزكاة واجبة فيه إذا قبضته أدت لما مضى ، وإن كان على معسر أو جاحد فعلى الروايتين ، واختار الخرق وجوب الزكاة فيه ، ولا فرق بين ما قبل الدخول أو بعده . لأنه دين في الذمة فهو كشأن مبيعها فإن سقط نصفه بطلانها قبل الدخول ، وأخذت النصف فعلمها زكاة ما قبضته دون ما لم يقبضه . لأنه دين لم تتعوض عنه ، ولم تقبضه فأشبه ما أعذر قبضه لفساد أو جحد ، وكذلك لو سقط كل الصداق قبل قبضه لانفساخ النكاح بأمر من جهتها فليس عليها زكاته لما ذكرنا ، وكذلك القول في كل دين يسقط قبل قبضه من غير إسقاط صاحبه ، أو يئس صاحبه من استيفائه ، والمسال الضال : إذا يئس منه . فلا زكاة على صاحبه ، فإن الزكاة مواساة فلا نازم المواساة إلا ما حصل له ، وإن كان الصداق نصاباً لحال عليه الحول ثم سقط نصفه وقبضت النصف فعليها زكاة النصف المقبوض ، لأن الزكاة وجبت فيه ثم سقطت من نصفه لمعن اختص به فاخص السقوط به ، وإن مضى عليه حول قبل قبضه ثم قبضته كله زكته لذلك الحول ، وإن مضى عليه أحوال قبل قبضه ثم قبضته زكته لما مضى كله ما لم يقص عن النصاب . وقال أبو حنيفة : لا تجب عليها الزكاة ما لم تقبضه . لأنه بدل عما ليس بمال فلا تجب الزكاة فيه قبل قبضه كدين الكتابة .

ولنا : أنه دين يستحق قبضه ويجبر المدين على أدائه فوجب فيه الزكاة كشأن

الميسع ويفارق دين الكتابة فإنه لا يستحق قبضه ، وللسكاتب الامتناع من أدائه ، ولا يصح قياسهم عليه فإنه عوض عن مال .

(فصل) فإن قبضت صداقها قبل الدخول ومضى عليه حول فزكته ثم طلقها الزوج قبل الدخول رجع فيها بنصفه وكانت الزكاة من النصف الباقي لها . وقال الشافعي في أحد أقواله : يرجع الزوج بنصف الموجود ونصف قيمة المخرج . لأنه لو تلف الكل رجع عليها بنصف قيمته فكذلك إذا تلف البعض .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ٢٣٧) فنصف ما فرضتم) ولأنه يمكن الرجوع في العين فلم يكن له الرجوع إلى القيمة كما لو لم يتلف منه شيء ، ويخرج على هذا ما لو تلف كله فإنه ما أمكنه الرجوع في العين ، وإن طلقها بعد الحول قبل الإخراج لم يكن له الإخراج من النصاب . لأن حق الزوج تعلق به على وجه الشركة ، والزكاة لم تتعلق به على وجه الشركة لكن تخرج الزكاة من غيره أو يقسمانه ثم تخرج الزكاة من حصتها ، فإن طلقها قبل الحول ملك النصف مشاعا ، وكان حكم ذلك كما لو باع نصفه قبل الحول مشاعا ، وقد بينا حكمه .

(فصل) فإن كان الصداق ديناً فأبرأت الزوج منه بعد مضى الحول ففيه روايتان . لأحدهما : عليها الزكاة . لأنها تصرفت فيه فأشبه ما لو قبضته ، والرواية الثانية : زكاته على الزوج . لأنه ملك ماملك عليه فسكانه لم يزل ملكه عنه ، والاول : أصح ، وما ذكرنا لهذه الرواية لا يصح . لأن الزوج لم يملك شيئاً وإنما سقط الدين عنه ، ثم لو ملك في الحال لم يقتض هذا وجوب زكاة ما مضى ، ويحتمل أن لا تجب الزكاة على واحد منهما لما ذكرنا في الزوج ، والمرأة لم تقبض الدين فلم تلزمها زكاته كما لو سقط بغير إسقاطها ، وهذا إذا كان الدين ما تجب فيه الزكاة إذا قبضه . فأما إن كان بما لا زكاة فيه فلا زكاة عليها بحال .

وكل دين على إنسان أبرأه صاحبه منه بعد مضى الحول عليه حكمه حكم الصداق فيما ذكرنا . قال أحمد : إذا وهبت المرأة مهرها لزوجها ، وقد مضى له عشر سنين ، فإن زكاته على المرأة . لأن المال كان لها ، وإذا وهب رجل لرجل مالا لحال الحول ثم ارتجعه الواهب فليس له أن يرتجعه ، فإن ارتجعه فالزكاة على الذي كان عنده ، وقال في رجل باع شريكه نصيبه من داره فلم يعطه شيئاً ، فلما كان بعد سنة قال :

ليس عندى دراهم فأقضى فأقاله قال : عليه أن يزكى لأنه قد ملكه حولا .

« مسألة » قال (والمأشية إذا بيعت بالخيار فلم ينقض الخيار حتى ردت استقبال بها البائع حولا سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري . لأنه تجديد ملك) .

ظاهر المذهب : أن البيع بشرط الخيار ينقل الملك إلى المشتري عقيبه ، ولا يقف على انقضاء الخيار سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ، وعن أحمد : أنه لا ينتقل حتى ينقض الخيار ، وهو قول مالك . وقال أبو حنيفة : لا ينتقل إن كان للبائع ، وإن كان للمشتري خرج عن البائع ولم يدخل في ملك المشتري . وعن الشافعي ثلاثة أقوال : قولان كالروايتين ، وقول ثالث : أنه مراعى ، فإن فسخاه تبيناً أنه لم ينتقل ، وإن أمضياه تبيناً أنه انتقل .

ولنا : أنه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه كما لو لم يشترط الخيار ، فإن كان المال زكائياً انقطع الحول ببيعه لزوال ملكه عنه ، فإن استرده أو رد عليه استأنف حولا . لأنه ملك متجدد حدث بعد زواله فوجب أن يستأنف له حولا كما لو كان البيع مطلقاً من غير خيار ، وهكذا الحكم لو فسخا البيع في مدة المجلس بخياره لا يمنع نقل الملك أيضاً . فهو نكحيار الشرط ، ولو مضى الحول في مدة الخيار ثم فسخا البيع كانت زكاته على المشتري لأنه ملكه ، وإن قلنا بالرواية الأخرى لم ينقطع الحول ببيعه . لأن ملك البائع لم يزل عنه . ولو حال الحول عليه في مدة الخيار كانت زكاته على البائع ، فإن أخرجهما من غيره فالبيع بحاله ، وإن أخرجهما منه بطل البيع في المخرج ، وهل يبطل في الباقي ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفة وإن لم يخرجها حتى سلمه إلى المشتري وانقضت مدة الخيار لزم البيع فيه . وكان عليه الإخراج من غيره كما لو باع ما وجبت الزكاة فيه ، ولو اشترى عبداً فهل هلال شوال ففطرته على المشتري ، وإن كان في مدة الخيار . لأنه ملكه ، وعلى الرواية الأخرى : هي على البائع إن كان في مدة الخيار . لأنه ملكه ، ولأنه في مدة الخيار .

باب صدقة الفطر

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن صدقة الفطر فرض : وقال إسماعيل : هو كالإجماع من أهل العلم ؛ وزعم ابن عبد البر أن بعض المتأخرين من أصحاب مالك وداود يقولون : هي سنة مؤكدة ؛ وسائر العلماء على أنها واجبة لما روى ابن عمر ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعاً من تمر . أو صاعاً من أقط . أو صاعاً من شعير على كل حر وعبد ذكر وأثني من المسلمين ، متفق عليه . والبخارى : والصغير والكبير من المسلمين . وعنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بزكاة الفطر أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة ، وعن أبي سعيد الخدري قال : « كنا نخرج زكاة الفطر صاعاً من طعام . أو صاعاً من شعير . أو صاعاً من تمر . أو صاعاً من أقط . أو صاعاً من زبيب » متفق عليهما . قال سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز في قوله تعالى (٨٧ : ١٤ قد أفلح من تركي) هو زكاة الفطر ، وأضيفت هذه الزكاة إلى الفطر . لأنها تجب بالفطر من رمضان . وقال ابن قتيبة : وقيل لها : فطرة . لأن الفطرة الخلقة . قال الله تعالى (٣٠ : ٣٠ فطرة الله التي فطر الناس عليها) أي جبلته التي جبل الناس عليها . وهذه يراد بها الصدقة عن البدن والنفس . كما كانت الأولى صدقة عن المال . وقال بعض أصحابنا : وهل تسمى فرضاً مع القول بوجودها ، على روايتين ؟ والصحيح : أنها فرض لقول ابن عمر : فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر . ولإجماع العلماء على أنها فرض ، لأن الفرض إن كان الواجب فهي واجبة ، وإن كان الواجب المتأكد فهي متأكدة يجمع عليها .

« مسألة ، قال (وزكاة الفطر على كل حر وعبد ذكر وأثني من المسلمين)

وجملته : أن زكاة الفطر تجب على كل مسلم من الصغير والكبير ، والذكورية والأنوثة ، في قول أهل العلم عامة ، وتجب على اليتيم ، ويخرج عنه وليه من ماله لا نعلم أحداً خالف في هذا إلا محمد بن الحسن قال : ليس في مال الصغير من

المسلمين صدقة . وقال الحسن والشعبي : صدقة الفطر على من صام من الأحرار وعلى الرقيق ، وعموم قوله فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على كل حر وعبد والذكر والأنثى ، والصغير والكبير من المسلمين يقتضى وجوبها على اليتيم ، ولأنه مسلم فوجبت فطرته كما لو كان له أب .

(فصل) ولا تجب على كافر حرأ كان أو عبداً ، ولا نعلم بينهم خلافاً في الحر البالغ . وقال إمامنا ومالك والشافعي وأبو ثور : لا تجب على العبد أيضاً ولا على الصغير . وروى عن عمر بن عبد العزيز ، وعطاء ومجاهد . وسعيد بن جبير ، والنخعي . والثوري ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي : أن على السيد المسلم أن يخرج الفطرة عن عبده الذمى . وقال أبو حنيفة : يخرج عن ابنه الصغير إذا ارتد .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أدوا عن كل حر وعبد ، صغير أو كبير ، يهودى أو نصرانى ، أو مجوسى نصف صاع من بر ، ولأن كل زكاة وجبت بسبب عبده المسلم ، وجبت بسبب عبده الكافر كزكاة التجارة .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر « من المسلمين » وروى أبو داود عن ابن عباس قال : « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث . وطعمة للمساكين . من أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة ، ومن أداها بعد الصلاة . فهي صدقة من الصدقات » إسناده حسن وحديثهم لا نعرفه . ولم يذكره أصحاب الدواوين وجامعو السنن ، وهذا قول ابن عباس يخالفه . وهو راوى حديثهم ، وزكاة التجارة تجب عن القيمة . ولذلك تجب في سائر الحيوانات ، وسائر الأموال ، وهذه طهرة للبدن ، ولهذا اختص بها آدميون بخلاف زكاة التجارة .

(فصل) فإن كان لكافر عبد مسلم ، وهل هلال شوال وهو في ماسكه ، لحكي عن أحمد : أن على الكافر إخراج صدقة الفطر عنه . واختاره القاضى . وقال ابن عقيل : يحتمل أن لا تجب ، وهذا قول أكثرهم قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن لا صدقة على الذمى في عبده للمسلم لقوله عليه السلام « من المسلمين » ولأنه كافر فلا تجب عليه الفطرة كسائر الكفار . لأن الفطرة زكاة فلا تجب على الكافر كزكاة المال . ولنا : أن العبد من أهل الطهارة . فوجب

أن يؤدى عنه الفطرة كما لو كان سيده مسلماً ، وقوله « من المسلمين » يحتمل أن يراد به المؤدى عنه بدليل أنه لو كان للمسلم عبد كافر لم يجب فطرته ، ولأنه ذكر في الحديث « كل عبد وصغير » وهذا يدل على أنه أراد المؤدى عنه لا المؤدى ، ولأصحاب الشافعى في هذا وجهان كالذهبيين .

« مسألة ، قال (صاعا بصاع النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو خمسة أرتال وثلاث

وجملته : أن الواجب في صدقة الفطر صاع عن كل إنسان ، لا يجزى أقل من ذلك من جميع أجناس المخرج ؛ وبه قال مالك والشافعى وإسحاق ، وروى ذلك عن أبي سعيد الخدرى والحسن وأبي العالى وروى عن عثمان بن عفان . وابن الزبير ، ومعاوية أنه يجزى نصف صاع من البر خاصة ، وهو مذهب سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، وعمر بن عبد العزيز ، وعروة بن الزبير . وأبى سلمة ابن عبد الرحمن ، وسعيد بن جبير ، وأصحاب الرأى ، واختلفت الرواية عن على وابن عباس والشعبى فروى صاع . وروى نصف صاع . وعن أبى حنيفة فى الزبيب روايتان : لإحدهما : صاع ، والاخرى : نصف صاع ، واحتجوا بما روى ثعلبة ابن صعيبر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « صاع من قمح بين كل اثنين » رواه أبو داود .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبي صلى الله عليه وسلم بهت منادياً فى فجاج مكة ألا إن صدقة الفطر واجبة على كل مسلم ذكر أو أنثى . حر أو عبد ، صغير أم كبير ، مدان من قمح أو سواها صاعاً من طعام » . قال الترمذى هذا حديث صحيح حسن غريب . وقال سعيد : حدثنا هشيم عن عبد الخالق الشيبانى : قال : سمعت سعيد بن المسيب يقول : كانت الصدقة تدفع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر نصف صاع بر . وقال هشيم : أخبرنى سفيان بن حسين عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال : خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ذكر صدقة الفطر وحض عليها وقال « نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير عن كل حر وعبد ، ذكر وأنثى » .

ولنا : ما روى أبو سعيد الخدرى قال : كننا نخرج زكاة الفطر إذ كان فينا

رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من طعام ، أو صاعاً من شعير ، أو صاعاً من تمر
أو صاعاً من زبيب ، أو صاعاً من أقط ، فلم نزل فخرجه حتى قدمه آوية المدينة .
فتكلم فكان بما كلم الناس أنى لأرى مدين من سمراء الشام تعدل صاعاً من تمر .
فأخذ الناس بذلك . قال أبو سعيد : فلا أزال أخرجه كما كنت أخرجه . وروى
ابن عمر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم فرّض صدقة الفطر صاعاً من تمر ، أو صاعاً
من شعير فعدل الناس إلى نصف صاع من بر ، متفق عليهما ، ولأنه جنس يخرج
في صدقة الفطر فكان قدّمه صاعاً كسائر الأجناس . وأحاديثهم لا تثبت عن النبي
صلى الله عليه وسلم . قاله ابن المنذر ، وحديث ثعلبة تفرد به النعمان بن راشد . قال
البخارى : هو بهم كثيراً وهو صدوق في الأصل . وقال مهنا : ذكرت لأحمد
حديث ثعلبة بن أبي صعير في صدقة الفطر نصف صاع من بر . فقال : ليس
بصحيح إنما هو مرسى يرويه معمر بن جريح عن الزهري مرسل ، قلت من قبل
من هذا ؟ قال : من قبل النعمان بن راشد ليس هو بقوى في الحديث وضعف حديث
ابن أبي صعير ، وسألته عن ابن أبي صعير أم معروف هو ؟ قال من يعرف ابن أبي
صعير ؟ ليس هو معروف ، وذكر أحمد وعلي بن المديني . ابن أبي صعير فضعهاه جميعاً .
وقال ابن عبد البر : ليس دون الزهري من يقوم به حجة . ورواه أبو إسحاق
الجوزجاني : حدثنا سليمان بن حرب حدثنا حماد بن زيد عن النعمان عن الزهري
عن ثعلبة عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أدوا صدقة الفطر صاعاً
من قمح — أو قال — بر عن كل إنسان صغير أو كبير ، وهذا حجة لنا وإسناده
حسن . قال الجوزجاني والنصف صاع ذكره عن النبي صلى الله عليه وسلم وروايته
ليس تثبت ، ولأن فيما ذكرناه احتياطاً للفرض ومعاوضة للقياس .

(فصل) وقد دللنا على أن الصاع خمسة أرطال وثلاث بالعراق فيما مضى ،
والأصل فيه : السكيل ، وإنما قدره العلماء بالوزن ليحفظ وينقل . وقد روى جماعة
عن أحمد أنه قال : الصاع وزنه فوجدته خمسة أرطال وثلاثاً سنطة . وقال حنبل
قال أحمد : أخذت الصاع من أبي النضر . وقال أبو النضر : أخذته عن ابن أبي ذؤيب
وقال : هذا صاع النبي صلى الله عليه وسلم الذي يعرف بالمدينة . قال أبو عبد الله :
فأخذنا المدس فغيرنا به ، وهو أصح ما وقفنا عليه يكال به . لأنه لا يتجانس عن

موضعه فكلنا به ، نعم وزناه فإذا هو خمسة أرتال وثلاث . وقال هذا أصلح ما وقفنا عليه ، وما تبين لنا من صاع النبي صلى الله عليه وسلم ، وإذا كان الصاع خمسة أرتال وثلاثاً من البر والعدس وهما من أثقل الحبوب فما عدهما من أجناس الفطرة أخف منهما . فإذا أخرج منهما خمسة أرتال وثلاثاً فهي أكثر من صاع . وقال محمد بن الحسن : إن أخرج خمسة أرتال وثلاثاً برأ لم يجره . لأن البر يختلف فيكون فيه الثقيل والخفيف . وقال الطحاوي : يخرج خمسة أرتال مما سواء كبله ووزنه وهو الزيت والماس ، ومقتضى كلامه أنه إذا أخرج ثمانية أرتال مما هو أثقل منها لم يجره حتى يزيد شيئاً يعلم أنه قد بلغ صاعاً ، والأولى لمن أخرج من الثقيل بالوزن أن يحتاط فيزيد شيئاً يعلم به أنه لمن أخرج صاعاً بالرطل الدمشقي الذي هو ستائة درهم مد وسبع ، والسبع أوقية وخمسة أسباع أوقية ، وقدر ذلك بالدرهم ستائة درهم ويجزى لإخراج رطل بالدمشقي من جميع الأجناس . لأنه أكبر من الصاع ، وقد رأيت مداً ذكر لنا أنه مد النبي صلى الله عليه وسلم فقدر المد الدمشقي به فكان المد الدمشقي قريباً من خمسة أمداد .

« مسألة ، قال (من كل حبة وثمرة ثقتات) .

يعنى عند عدم الأجناس المنصوص عليها يجره كل ثقتات من الحبوب والثمار . وظاهر هذا : أنه لا يجره الثقتات من غيرها كاللحم والبن . وقال أبو بكر : يعطى ما قام مقام الأجناس المنصوص عليها عند عدمها . وقال ابن حامد يجره عند عدمها الإخراج مما يقتاته كالنردة والدخن ، ولحوم الحيتان والأنعام ، ولا يردون إلى أقرب قوت الأمصار .

« مسألة ، قال (وإن أعطى أهل البادية الأقط صاعاً أجزأ إذا كان قوتهم) .

أكثر هل العلم يوجبون صدقة الفطر على أهل البادية . روى ذلك عن ابن الزبير وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، ومالك ، والشافعي ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . وقال عطاء ، والزهري ، وربيعة : لا صدقة عليهم .

ولنا : عموم الحديث ، ولأنها زكاة فوجبت عليهم كزكاة المال ، ولأنهم

مسلمون فيجب عليهم صدقة الفطر كغيرهم . إذا ثبت هذا : فإنه يجوز لأهل البادية إخراج الأقط إذا كان قوتهم ، وكذلك من لم يجد من الأصناف المنصوص عليها سواء ، فأما من وجد سواء فهل يجوز ؟ على روايتين : (لإحداهما) يجوز أيضاً الحديث أبي سعيد الذي ذكرناه ، وفي بعض ألفاظه قال : « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر صاعاً من طعام ، أو صاعاً من شعير ، أو صاعاً من تمر ، أو صاعاً من أقط » أخرجه النسائي (والثانية) لا يجوز . لأنه لا يجب الزكاة فيه فلا يجوز إخراج ما لا يقدر على غيره من الأجناس المنصوص عليها كاللحم ، ويحمل الحديث على من هو قوت له ، أو لم يقدر على غيره . فإن قدر على غيره مع كونه قوتاً له . فظاهر كلام الخرق : جواز إخراج ، وإن قدر على غيره سواء كان من أهل البادية أو لم يكن . لأن الحديث لم يفرق ، وقول أبي سعيد : « كنا نخرج صاعاً من أقط وهم من أهل الأمصار » ، وإنما خص أهل البادية بالذكر . لأن الغالب أنه لا يقتات به غيرهم . وقال أبو الخطاب : لا يجوز إخراج الأقط مع القدرة على ما سواء في إحدى الروايتين ، وظاهر الحديث يدل على خلافه ، وذكر القاضي أنه إذا عدم الأقط وقلنا له إخراج ما جاز إخراج اللبن . لأنه أكل من الأقط ، لأنه يجيء منه الأقط وغيره ، وحكاه أبو ثور عن الشافعي . وقال الحسن : إن لم يكن بر ولا شعير أخرج صاعاً من لبن ، وظاهر قول الخرق : يقتضي أنه لا يجوز لأهل البادية إخراج لقوله : « من كل حبة أو ثمرة تقتات » ، وقد حرم ذلك على حالة العدم ، ولا يصح ما ذكروه ، لأنه لو كان أكل من الأقط لجاز إخراج ما معه وجوده ، ولأن الأقط أكل من اللبن من وجه . لأنه بلغ حالة الإدغار ، وهو جامد بخلاف اللبن ، لكن يكون حكم اللبن حكم اللحم يجوز إخراج ما عند عدم الأصناف المنصوص عليها على قول ابن حامد ، ومن وافقه وكذلك الجبن وما أشبهه .

« مسألة » قال (واختار أبو عبد الله إخراج التمر) .

وهذا قال مالك . قال ابن المنذر . واستحب مالك إخراج العجوة منه ، واختار الشافعي وأبو عبيد : إخراج البر . وقال بعض أصحاب الشافعي : يحتمل أن

يكون الشافعي قال ذلك . لأن البركان أغلى في وقته ومكانه ، لأن المستحب أن يخرج أغلاها ثمناً وأنفسها لقول النبي صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن أفضل الرقاب فقال « أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها » وإنما اختار أحمد إخراج التمر اقتداء بأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واتباعاً له .

وروى بإسناده عن أبي مجلز قال : قلت لابن عمر إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إن الله قد أوسع وألبر أفضل من التمر » قال إن أصحابي سلكوا طريقاً وأنا أحب أن أسلكه . وظاهر هذا أن جماعة من الصحابة كانوا يخرجون التمر فأحب ابن عمر موافقتهم وسلك طريقهم ، وأحب أحمد أيضاً الاقتداء بهم وإتباعهم .

وروى البخاري عن ابن عمر أنه قال : « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر صاعاً من تمر . أو صاعاً من شعير » ، فعدل الناس به صاعاً من بر ، وكان ابن عمر يخرج التمر فأعوز أهل المدينة من التمر فأعطى شعيراً ، ولأن التمر فيه قوة وحلاوة ، وهو أقرب تناولاً ، وأقل كلفة فكان أولى .

(ف ، ل) والأفضل بعد التمر البر . وقال بعض أصحابنا : الأفضل بعده الزبيب . لأنه أقرب تناولاً وأقل كلفة فأشبه التمر ، ولنا أن البر أنفع في الاقتيات ، وأبلغ في دفع حاجة الفقير ، وكذلك قال أبو مجلز لابن عمر : البر أفضل من التمر ، يعني أنفع وأكثر قيمة ولم ينسكه ابن عمر ، وإنما عدل عنه إتباعاً لأصحابه وسلكوا لطريقهم ، ولهذا عدل نصف صاع منه بصاع من غيره . وقال معاوية : إني لأرى مدين من سمراء الشام يعدل صاعاً من التمر فأخذ الناس به ، وتفضيل التمر إنما كان لإتباع الصحابة فيما عداه يبقى على مقتضى الدليل في تفضيل البر ، ويحتمل أن يكون الأفضل بعد التمر ما كان أعلى قيمة وأكثر نفعاً .

« مسألة » قال (ومن قدر على التمسر ، أو الزبيب ، أو البر ، أو الشعير ، أو الأقط فأخرج غيره لم يجزه) .

ظاهر المذهب : أنه لا يجوز له العدول عن هذه الأصناف مع القدرة عليها سواء كان العدول إليه قوت بلده أو لم يكن . وقال أبو بكر : يتوجه قول آخر

أنه يعطى ما قام مقام الخمسة على ظاهر الحديث صاعاً من طعام ، والطعام قد يكون البر والشعير وما دخل في الكيل ، قال وكلا القولين محتمل وأقيسهما أنه لا يجوز غير الخمسة إلا أن يعدمها فيعطى ما قام مقامها . وقال مالك : يخرج من غالب قوت البلد . وقال الشافعى : أى قوت كان الاغلب على الرجل أدى الرجل زكاة الفطر منه ، واختلف أصحابه . فنهى من قال بقول مالك ، ومنهم من قال الاعتبار بغالب قوت المخرج ، ثم إن عدل عن الواجب إلى أعلا منه جاز ، وإن عدل إلى دونه ففيه قولان : أحدهما : يجوز لقوله عليه السلام « اغنهم عن الطلب ، والغنى يحصل بالقوت . والثانى : لا يجوز . لأنه عدل عن الواجب إلى أدنى منه فلم يجوز له كما لو عدل عن الواجب في زكاة المال إلى أدنى منه .

ولنسا : أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر أجناساً معدودة فلم يجوز العدول عنها كما لو أخرج القيمة ، وذلك . لأن ذكر الأجناس بعد ذكره الفرض تفسير للمفروض فما أضيف إلى المفسر يتعلق بالتفسير فتكون هذه الأجناس مفروضة فيتعين الإخراج منها ، ولأنه إذا أخرج غيرها عدل عن المنصوص عليه فلم يجوز كإخراج القيمة ، وكما لو أخرج عن زكاة المال من غير جنسه ، والإغناء يحصل بالإخراج من المنصوص عليه فلا منافاة بين الخبرين لكونهما جميعاً يدلان على وجوب الإغناء بأداء أحد الأجناس المفروضة .

(فصل) والسلت نوع من الشعير فيجوز إخراجه لدخوله في المنصوص عليه ، وقد صرح بذكره في بعض ألفاظ حديث ابن عمر قال « كان الناس يخرجون صدقة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من شعير ، أو صاعاً من أقط ، أو صاعاً من سلت ، وعن أبي سعيد قال : « لم يخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا صاعاً من تمر ، أو صاعاً من شعير ، أو صاعاً من زبيب ، أو صاعاً من دقيق ، أو صاعاً من أقط ، أو صاعاً من سلت . قال : ثم شك فيه سفيان بعد فقال : « دقيق أو سلت » . رواهما النسائي .

(فصل) ويجوز إخراج الدقيق نص عليه أحمد ، وكذلك السويق . قال أحمد : وقد روى عن ابن سيرين مسويق أو دقيق . وقال مالك والشافعى : لا يجوز إخراجهما لحديث ابن عمر ، ولأن منافعه نقصت فهو كالخبز .

ولنا : حديث أبي سعيد وقوله فيه : أو صاعاً من دقيق ، ولأن الدقيق والسويق أجزاء الحب بمحتأ يمكن كيّله وادخاره فجاء لإخراجه كما قبل الطحن ، وذلك لأن الطحن إنما فرق أجزائه وكفى الفقير مؤنته فأشبه ما لو نزع توى التمر ثم أخرجه ، ويفارق الحبز والمريسة والكيولا . لأن مع أجزاء الحب فيها ، ن غيره ، وقد خرج عن حال الإدخار والكيل ، والمأمور به صاع ، وهو مكيل . وحديث ابن عمر لم يقتض ما ذكروه ولم يعملوا به .

(فصل) ولا يجوز لإخراج الحب : لأنه خرج عن الكيل والإدخار (١) ولا المريسة والكيولا وأشباههما لذلك ، ولا الحبل ولا الدبس لأنهما ليسا قوتاً ؛ ولا يجوز أن يخرج حباً معيماً كالسوس والمبلول ، ولا قديماً تغير طعمه لقول الله تعالى (٢ : ٢٦٧) ، ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) فإن كان القديم لم يتغير طعمه إلا أن الحديث أكثر قيمة منه جاز لإخراجه لعدم العيب فيه ، والأفضل لإخراج الأجود . قال أحد : كان ابن سيرين يحب أن ينقى الطعام ، وهو أحب إلى ليكون على البكال ، ويسلم مما يخالطه من غيره ، فإن كان الخالط له يأخذ حظاً من المكيل وكان كثيراً بحيث بعد عيباً فيه لم يجرئه ، وإن لم يكن جاز لإخراجه إذا زاد على الصاع قدراً يزيد على ما فيه من غيره حتى يكون المخرج صاعاً كاملاً .

(فصل) ومن أى الأصناف المنصوص عليها أخرج جاز وإن لم يكن قوتاً له : وقال مالك : يخرج من غالب قوت البلد . وذكرنا قول الشافعى .

ولنا : أن خبر الصدقة ورد بحرف التخخير بين هذه الأصناف فوجب التخخير فيه ، ولأنه عدل إلى منصوص عليه فجاء كما لو عدل إلى الأعلى ، والغنى يحصل بدفع قوت من الأجتناس ، ويدل على ما ذكرنا أنه خير بين التمر والزبيب والأقط ، ولم يكن الزبيب والأقط قوتاً لأهل المدينة ، فدل على أنه لا يعتبر أن يكون قوتاً للمخرج .

(١) فيه أن الكيل والادخار يظهر اعتباره في زكاة الزرع دون الفطرة . لأن الفطرة لا يغناها الفقراء عن الشحاذة يوم العيد والخبز والطبيخ أغنى لهم من الحبوب ، والأنواع المنصوصة كانت معظم الأقوات المعروفة .

« مسألة » قال (ومن أعطى القيمة لم يجزئه) .

قال أبو داود : قيل لأحمد وأنا أسمع أعطى دراهم - يعني في صدقة الفطر - قال : أخاف أن لا يجزئه خلاف سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال أبو طالب قال لى أحمد : لا يعطى قيمته ، قيل له : قوم يقولون عمر بن عبد العزيز كان يأخذ بالقيمة . قال يدعون قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ويقولون قال فلان ؟ قال ابن عمر « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم » وقال الله تعالى (٤٠ . ٥٩) أطيعوا الله وأطيعوا الرسول) وقال : قوم يردون السنن قال فلان قال فلان ، وظاهر مذهبه : أنه لا يجزئه لإخراج القيمة في شيء من الزكوات ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال الثوري ، وأبو حنيفة : يجوز ، وقد روى ذلك عن عمر بن عبد العزيز والحسن ، وقد روى عن أحمد مثل قولهم فيما عدا الفطرة . وقال أبو داود : سئل أحمد عن رجل باع ثمرة نخلة ؟ قال عشره على الذى باعه ، قيل له : فيخرج ثمراً أو ثمنه ؟ قال : إن شاء أخرج ثمراً ، وإن شاء أخرج من الثمن ، وهذا دليل على جواز لإخراج القيم . ووجهه : قول معاذ لأهل اليمن « أتتوني بخميس أو لبيس آخذه منكم فإنه أيسر عليكم وأنفع للمهاجرين بالمدينة » وقال سعيد : حدثنا سفيان عن عمرو عن طاوس قال : « لما قدم معاذ اليمن قال : أتتوني بعرض ثياب آخذه منكم مكان الذرة والشعير . فإنه أهون عليكم وخير للمهاجرين بالمدينة » قال : وحدثنا جرير عن ليث عن عطاء قال : « كان عمر بن الخطاب يأخذ العروض في الصدقة من الدراهم ، ولأن المقصود دفع الحاجة فلا يختلف ذلك بعد اتحاد قدر المالية باختلاف صور الأموال .

ولنا : قول ابن عمر « فرض رسول الله صلى الله عليه صدقة الفطر صاعاً من تمر ، وصاعاً من شعير ، فإذا عدل عن ذلك فقد ترك المفروض . وقال النبي صلى الله عليه وسلم « في أربعين شاة شاة ، وفي مائتي درهم خمسة دراهم » وهو وارد بياناً للمجمل قوله تعالى (وآتوا الزكاة) فتكون الشاة المذكورة هي الزكاة المأمور بها ، والأمر يقتضى الوجوب ؛ ولأن النبي صلى الله عليه وسلم فرض الصدقة على هذا الوجه وأمر بها أن تؤدى ، ففي كتاب أبي بكر الذى كتبه في الصدقات أنه قال « هذه الصدقة التى فرضها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمر بها أن تؤدى ، وكان فيه : في خمس

وعشرين من الإبل بنت مخاض ، فإن لم تكن بنت مخاض فإن لبون ذكر ، وهذا يدل على أنه أراد عينها لتسميته إياها وقوله : فإن لم تكن بنت مخاض فإن لبون ذكر ، ولو أراد المالية أو القيمة لم يجزه . لأن خمساً وعشرين لا تخلو عن مالية بنت مخاض ، وكذلك قوله « فإن لبون ذكر » فانه لو أراد المالية لازمه مالية بنت مخاض دون مالية ابن لبون . وقد روى أبو داود وابن ماجه بإسنادهما عن معاذ « أن النبي صلى الله عليه وسلم بعته إلى ابن فقال : خذ الحب من الحب ، والشاة من الغنم ، والبعير من الإبل ، والبقرة من البقر ، ولأن الزكاة وجبت لدفع حاجة الفقير وشكراً لنعمة المال ، والحاجات متنوعة . فينبغي أن يتنوع الواجب ليصل إلى الفقير من كل نوع ما تندفع به حاجته ، ويحصل شكر النعمة بالمواساة من جنس ما أنعم الله عليه به ، ولأن خراج القيمة قد عدل عن المنصوص فلم يجزه كما لو أخرج الردى مكان الجيد . وحديث معاذ الذى روه فى الجزية بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بتفريق الصدقة فى فقرائهم ولم يأمره بمحملها إلى المدينة - وفى حديثه هذا « فإنه أنفع للهاجرين بالمدينة » .

« مسألة » قال (ويخرجها إذا خرج إلى المصلى) .

المستحب : لإخراج صدقة الفطر يوم الفطر قبل الصلاة . لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم « أمر بها أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة » فى حديث ابن عمر ، وفى حديث ابن عباس « من أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة ، ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات » . فإن أخرها عن الصلاة ترك الأفضل لما ذكرنا من السنة ، ولأن المقصود منها الإغناء عن الطواف والطلب فى هذا اليوم ففى أخرها لم يحصل إغناؤهم فى جميعه لا سيما فى وقت الصلاة ، ومال إلى هذا القول : عطاء ، ومالك ، وموسى بن وردان ، وإسحاق وأصحاب الرأى . وقال القاضى : إذا أخرجها فى بقية اليوم لم يكن فعل مكروهاً لحصول الغنىاء بها فى اليوم . قال سميد - دثنا أبو معشر عن نافع عن ابن عمر قال « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نخرج - وذكر الحديث - قال فكان يؤمر أن يخرج قبل أن يصلى ، فإذا انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم قسمه بينهم وقال : « أغنؤهم عن الطلب فى هذا اليوم »

وقد ذكرنا من الخبر والمعنى ما يقتضى الكراهة ، فإن أخرها عن يوم العيد أثم ولزمه القضاء . وحكى عن ابن سيرين ، والنخعي : الرخصة في تأخيرها عن يوم العيد : وروى محمد بن يحيى الكحال قال : قلت لأبي عبد الله فإن أخرج الزكاة ولم يعطها ، قال نعم لماذا أعدها لقوم ، وحكاها ابن المنذر عن أحمد ، واتباع السنة أولى .

(فصل) فأما وقت الوجوب فهو وقت غروب الشمس من آخر يوم من رمضان فإنها تجب بغروب الشمس من آخر شهر رمضان . فمن تزوج أو ملك عبداً أو ولده ولد ، أو أسلم قبل غروب الشمس . فعليه الفطرة ، وإن كان بعد الغروب لم تلزمه ، ولو كان حين الوجوب معسراً ثم أيسر في ليلته تلك أو في يومه لم يجب عليه شيء . ولو كان في وقت الوجوب موسراً ثم أعسر لم تسقط سنه اعتباراً بحالة الوجوب . ومن مات بعد غروب الشمس ليلة الفطر فعليه صدقة العطر نص عليه أحمد . وبما ذكرنا في وقت الوجوب قال الثوري ، وإسحاق ، ومالك ، في إحدى الروايتين عنه والشافعي في أحد قولي . وقال الليث ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي : تجب بطول الفجر يوم العيد ، وهو رواية عن مالك . لأنها قرينة تتعلق بالعيد فلم يتقدم وجوبها يوم العيد . وهو رواية عن مالك كالأضحية .

ولنا : قول ابن عباس ، أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث ، ولأنها تضاف إلى الفطر ، فكانت واجبة به كزكاة المال ، وذلك لأن الإضافة دليل الاختصاص ، والسبب أخص بحكمه من غيره ، والأضحية لا تعلق لها بطول الفجر ؛ ولا هي واجبة ، ولا تشبه ما نحن فيه ، فعلى هذا إذا غربت الشمس والعيد المبيع في مدة الخيار أو هب له عبد فتبيله ولم يشبهه ، أو اشتراه ولم يقبضه فالفطرة على المشتري والمنتهب . لأن المالك له والفطرة على المالك ولو أوصى له بعبد ومات الموصى قبل غروب الشمس فلم يقبل الموصى له حتى غابت الفطرة عليه في أحد الوجهين ، والآخر : على ورثة الموصى بناء على الوجهين في الموصى به هل ينتقل بالموت أو من حين القبول ؟ ولو مات ، فإن كان موته بعد هلال شوال ففطرة العبد في تركته . لأن الورثة إنما قبلوه له ، وإن كان

موته قبل هلال شوال ففطرته على الورثة ، ولو أوصى لرجل برقة عبد ولاخر بمنفعته فقبلا كانت الفطرة على مالك الرقة . لأن الفطرة تجب بالرقة لا بالمنفعة . ولهذا تجب على من لا نفع فيه ، ويحتمل أن يكون حكمها حكم نفقته . وفيها ثلاثة أوجه : أحدها . أنها على مالك نفقه . والثاني : على مالك رقبته . والثالث : في كسبه .

« مسألة ، قال (وإن قدمها قبل ذلك يوم أو يومين أجزأه) .

وجملته : أنه يجوز تقديم الفطرة قبل العيد بيومين لا يجوز أكثر من ذلك . وقال ابن عمر « كانوا يعطونها قبل الفطر يوم أو يومين » وقال بعض أصحابنا : يجوز تعجيلها من بعد نصف الشهر كما يجوز تعجيل أذان الفجر والدفع من مزدلفة بعد نصف الليل . وقال أبو حنيفة : ويجوز تعجيلها من أول الحول . لأنها زكاة . فأشبهت زكاة المال . وقال الشافعي : يجوز من أول شهر رمضان ، لأن سبب الصدقة الصوم والفطر عنه ، فإذا وجد أحد المسلمين جاز تعجيلها كزكاة المال بعد ملك النصاب .

ولنا : ما روى الجوزجاني حدثنا يزيد بن هارون . قال : أخبرنا أبو معشر عن نافع عن ابن عمر . قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر به فيقسم — قال يزيد أظن هذا يوم الفطر — ويقول : أغنؤم عن الطواف في هذا اليوم ، والأمر للوجوب ، ومتى قدمها بالزمان الكثير لم يحصل إغناؤهم بها يوم العيد ، وسبب وجوبها الفطر بدليل إضافتها إليه ، وزكاة المال سببها ملك النصاب ، والمقصود إغناء الفقير بها في الحول كله لجواز إخراجها في جميعه ، وهذه المقصود منها الإغناء في وقت مخصوص ، فلم يحز تقديمها قبل الوقت فأما تقديمها يوم أو يومين لجائز . لما روى البخاري بإسناده عن ابن عمر قال : « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر من رمضان . وقال في آخره — وكانوا يعطون قبل الفطر يوم أو يومين ، وهذا إشارة إلى جميعهم فيكون لإجماعاً . ولأن تعجيلها بهذا القدر لا يخل بالمقصود منها ، فإن الظاهر أنها تبقى أو بعضها إلى يوم العيد فيستغنى بها

عن الطواف والطلب فيه ، ولأنها زكاة لجاز تعجيلها قبل وجوبها كزكاة المسال .
والله أعلم .

« مسألة » قال (ويلزمه أن يخرج عن نفسه وعن عياله إذا كان عنده فضل
عن قوت يومه وليلته) .

عيال الإنسان من يعوله : أى يمونه ، فتلزمه فطرتهم كما تلزمه مؤنتهم إذا
وجد ما يؤدى عنهم ، لحديث ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض
صدقة الفطر عن كل صغير وكبير ، حر وعبد عن تمونون » والذين يلزم الإنسان
نفقتهم وفطرتهم ثلاثة أصناف : ازوجات ، والعبيد ، والاقارب ، فأما الزوجات :
فعليه فطرتهن ، وبهذا قال مالك . والشافعى ، وإسحق ، وقال أبو حنيفة والثورى ،
وابن المنذر : لا تجب عليه فطرة امرأته ، وعلى المرأة فطرة نفسها لقول النبي
صلى الله عليه وسلم « صدقة الفطر على كل ذكر وأنى » ولأنها زكاة فوجبت عليها
كزكاة مالها .

ولنا : الخبر ، ولأن النكاح سبب تجب به النفقة فوجبت به الفطرة كالمالك
والقراة بخلاف زكاة المسال . فإنها لا تتحمل بالمالك والقراة ، فإن كان لامرأته من
يخدمها بأجرة فليس على الزوج فطرتة ، لأن الواجب الأجر دون النفقة ، وإن
كان لها نظرت ، فإن كانت عن لا يجب لها خادم فليس عليه نفقة خادما
ولا فطرتة ، وإن كانت عن يخدم مثلها فعلى الزوج أن يخدمها ، ثم هو مخير بين أن
يشترى لها خادما ، أو يستأجر أو ينفق على خادما ، وإن اشترى لها خادما أو اختار
الإنفاق على خادما فعليه فطرتة ، وإن استأجر لها خادما فليس عليه نفقتة
ولا فطرتة سواء شرط عليه مؤنته أو لم يشرط . لأن المؤنة إذا كانت أجرة فهي
من مال المستأجر ، وإن تبرع بالإنفاق على من لا تلزمه نفقة لحكمه حكم من تبرع
بالإنفاق على أجنبي . وسنذكره إن شاء الله تعالى . وإن نشزت المرأة في وقت
الوجوب ففطرتها على نفسها دون زوجها . لأن نفقتها لا تلزمه ، واختار
أبو الخطاب : أن عليه فطرتها . لأن الزوجية ثابتة عليها فلم يمتد فطرتها كالإيضة
التي لا تحتاج إلى نفقة ، والاول أصح . لأن هذه من لا تلزمه مؤنته فلا تلزمه

فطرته كالأجنبية وفارق المريضة . لأن عدم الإنفاق عليها لعدم الحاجة لا لخلل في المقتضى لها ، فلا يمنع ذلك من ثبوت تبعها بخلاف الناشز ، وكذلك كل امرأة لا يلزمه نفقتها كغير المدخول بها إذا لم تسلم إليه ، والصغيرة التي لا يمكن الاستمتاع بها فإنه لا تلزمه نفقتها ولا فطرتها . لأنها ليست بمن يمون .

(فصل) وأما العبد : فإن كانوا لغير التجارة فعلى سيدهم فطرتهم . لا نعلم فيه خلافاً ، وإن كانوا للتجارة فعليه أيضاً فطرتهم . وبهذا قال مالك ، والليث ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال عطاء ، والنخعي ، والثوري ، وأصحاب الرأي : لا تلزمه فطرتهم . لأنها زكاة ، ولا تجب في مال واحد زكاتها ، وقد وجبت فيهم زكاة التجارة ، فيمتنع وجوب الزكاة الأخرى كالسائمة إذا كانت للتجارة .

ولنا : عموم الأحاديث وقول ابن عمر « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الحر والعبد » وفي حديث عمرو بن شعيب « ألا إن صدقة الفطر واجبة على كل مسلم ذكر أو أنثى ، حر أو عبد صغير أو كبير » ولأن نفقتهم واجبة فوجبت فطرتهم كمبيد القنية ، أو نقول : مسلم تجب مؤنته فوجبت فطرته كالأصل وزكاة الفطرة تجب على البدن ، ولهذا تجب على الأحرار ، وزكاة التجارة تجب عن القيمة : وهي المال بخلاف السوم والتجارة فإنهما يجبان بسبب مال واحد متى كان عبید التجارة في يد المضارب وجبت فطرتهم من مال المضاربة . لأن مؤنتهم منها ، وحكى ابن المنذر عن الشافعي : أنها على رب المال .

ولنا : أن الفطرة تابعة للنفقة ، وهي من مال المضاربة فكذلك الفطرة .

(فصل) وتجب فطرة العبد الحاضر والغائب الذي تعلم حياته ، والآبق ، والصغير ، والكبير ، والمرهون ، والمقصوب . قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن على المراء زكاة الفطر عن مملوكه الحاضر غير المكاتب والمقصوب والآبق وعبيد التجارة ، فأما الغائب : فعليه فطرته إذا علم أنه حي سواء رجى رجوعه أو أيس منها ، وسواء كان مطلقاً أو محبوساً كالأسير وغيره . قال ابن المنذر : أكثر أهل العلم يرى أن تؤدي زكاة الفطر عن الرقيق غائهم وحاضرم . لأنه مالك لهم فوجبت فطرتهم عليه كالحاضرين ، ومن أوجب فطرة الآبق : الشافعي ،

وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأوجبها الزهري إذا علم مكانه ، والأوزاعي . إن كان في دار الإسلام ، ومالك : إن كانت غيبته قبيحة ، ولم يوجبها عطاء ، والثوري ، وأصحاب الرأي . لأنه لا يلزمه الإنفاق عليه فلا تجب فطرته كالمرأة الناشز .

ولنا . أنه مال له فوجبت زكاته في حال غيبته كمال التجارة ، ويحتمل أن لا يلزمه إخراج زكاته حتى يرجع إلى يده كزكاة الدين والمغصوب ذكره ابن عقيل . ووجه القول الأول : أن زكاة الفطر تجب تابعة للنفقة ، والنفقة تجب مع الغيبة بدليل أن من رد الأبق رجع بنفقته ، وأما من شك في حياته منهم وانقطعت أخباره لم تجب فطرته نص عليه في رواية صالح . لأنه لا يعلم بقاء مملوكه عليه ، ولو أعتقه في كفارته لم يجرئه فلم تجب فطرته كالميت ، فإن مضت عليه سنون ثم علم حياته لم يجرئه الإخراج لما مضى . لأنه بان له وجود سبب الوجوب في الزمن الماضي فوجب عليه الإخراج لما مضى كالوهم بهلاك ماله الغائب ثم بان أنه كان سالماً ، والحكم في القريب الغائب كالحكم في البعيد . لأنهم من تجب فطرتهم مع الحضور فكذلك مع الغيبة ، كالعبيد ، ويحتمل أن لا تجب فطرتهم مع الغيبة ؛ لأنه لا يلزمه بعث نفقتهم إليهم ، ولا يرجعون بالنفقة الماضية .

(فصل) فأما عبيد عبيده : فإن قلنا إن العبد لا يملكهم بالتملك فالفطرة على السيد لأنهم مملوك ، وهذا ظاهر كلام الحرقي : وقول أبي الزناد ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وإن قلنا يملك بالتملك فقد قيل : لا تجب فطرتهم على أحد . لأن السيد لا يملكهم وملك العبد ناقص ؛ والصحيح : وجوب فطرتهم . لأن فطرتهم تتبع النفقة ونفقتهم واجبة فكذلك فطرتهم ؛ ولا يعتبر في وجوبها كمال المالك بدليل وجوبها على المكاتب عن نفسه وعبيده مع نقص مملكته .

(فصل) وأما زوجة العبد : فذكر أصحابنا المتأخرون أن فطرتها على نفسها إن كانت حرة ؛ وعلى سيدها إن كانت أمة ؛ وقياس المذهب عندي : وجوب فطرتها على سيد العبد لوجوب نفقتها عليه . ألا ترى أنه تجب عليه فطرة خادم امرأته مع أنه لا يملكها لوجوب نفقتها . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « أدوا صدقة الفطر عن تمونون ، وهذه من يمونون » ؛ وقد ذكر أصحابنا أنه لو تبرع بمؤنة

شخص لزمته فطرته فن تجب عليه أولى ؛ وهكذا لو زوج الابن أباه ؛ وكان من تجب عليه نفقته ونفقة امرأته فعليه فطرتهما والله أعلم .

(فصل) وإن تبرع بمؤنة لإنسان في شهر رمضان فأكثر أصحابنا يختارون وجوب الفطرة عليه . وقد نص عليه أحد في رواية أبي داود فيمن ضم إلى نفسه يتيمة يؤدي عنها . وذلك لقوله عليه السلام « أدوا صدقة الفطر عن تمونون » وهذا من يمونون . ولأنه شخص ينفق عليه فلزمته فطرته كعبده ، واختار أبو الخطاب لا تلزمه فطرته لأنه لا تلزمه مؤنته فلم تلزمه فطرته كما لو لم يمتنه ، وهذا قول أكثر أهل العلم وهو الصحيح إن شاء الله . وكلام أحد في هذا : محمول على الاستحباب لا على الإيجاب . والحديث محمول على من تلزمه مؤنته لا على حقيقة المؤنة بدليل أنه تلزمه فطرة الآبق ولو لم يمتنه ، ولو ملك عبداً عند غروب الشمس أو زوج أو ولده ولد لزمته فطرتهم لوجوب مؤنتهم عليه وإن لم يمتنهم ، ولو باع عبده أو طلق امرأته أو ماتا أو مات ولده لم تلزمه فطرتهم . وإن مانهم ولأن قوله « من يمونون » فمل مضارع فيقتضي الحال أو الاستقبال دون الماضي ، ومن مانه في رمضان إنما وجدت مؤنته في الماضي فلا يدخل في الخبر ، ولو دخل فيه لاقتضى وجوب الفطرة على من مانه ليلة واحدة ؛ وليس في الخبر ما يقيد بالشهر ولا بغيره فالتقييد بمؤنة الشهر تحكم ؛ فعلى هذا القول : تكون فطرة هذا المختلف فيه على نفسه كما لو لم يمتنه . وعلى قول أصحابنا : المعتبر الإتفاق في جميع الشهر ؛ وقال ابن عقيل : قياس مذهبنا أنه إذا مانه آخر ليلة وجبت فطرته قياساً على من ملك عبداً عند غروب الشمس ، وإذا مانه جماعة في الشهر كله أو مانه لإنسان بعض الشهر ، فعلى قياس قول ابن عقيل هذا : تكون فطرته على من مانه آخر ليلة ؛ وعلى قول غيره : يحتمل أن لا تجب فطرته على أحد من مانه . لأن سبب الوجوب المؤنة في جميع الشهر ولم يوجد ؛ ويحتمل أن تجب على الجميع فطرة واحدة بالحصص . لأنهم اشتركوا في سبب الوجوب فأشبه ما لو اشتركوا في ملك عبد .

« مسألة ، قال (إذا كان عنده فضل عن قوت يومه وليلته)

وجلة ذلك : أن صدقة الفطر واجبة على من قدر عليها ؛ ولا يمتنر في وجوبها

نصاب . وبهذا قول أبو هريرة . وأبو العالية . والشعبي . وعطاء . وابن سيرين .
والزهري . ومالك . وابن المبارك . والشافعي . وأبو ثور . وقال أصحاب الرأي :
لا تجب إلا على من يملك مائتي درهم أو ما قيمته نصاب فاضل عن مسكنه لقول
رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا صدقة إلا عن ظهر غنى » ، والفقير لا غنى له
فلا تجب عليه ، ولأنه تجل له الصدقة فلا تجب عليه كمن لا يقدر عليها .

ولنا : ما روى ثعلبة بن أبي صعير عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال « أدوا صدقة الفطر صاعاً من قمح — أو قال بر — عن كل إنسان صغير
أو كبير . حر أو مملوك ، غنى أو فقير ، ذكر أو أنثى ، أما غنيكم : فيزكيه الله ،
وأما فقيركم : فيرد الله عليه أكثر مما أعطى » ، وفي رواية أبي داود « صاع من بر
أو قمح عن كل اثنين » ، ولأنه حق مال لا يزيد بزيادة المال . فلا يعتبر وجوب
النصاب فيه كالسكفارة ولا يمنع أن يؤخذ منه ويعطى لمن . وجب عليه العشر ، والذي
قاسوا عليه عاجز . فلا يصح القياس عليه ، وحديثهم محمول على زكاة المال .

(فصل) وإذالم بفضل إلا صاع أخرجه عن نفسه لقوله عليه السلام « ابدأ
بنفسك ثم بمن تعمل » ، ولأن الفطرة تلغى على النفقة فيسكنها يبدأ بنفسه في النفقة
فكذلك في الفطرة ، فإن فضل آخر أخرجه عن امرأته . لأن نفقتها أكد ، فإن
نفقتها تجب على سبيل المعاوضة مع اليسار والإعسار ونفقة الأقارب صلة تجب مع
اليسار دون الإعسار ، فإن فضل آخر أخرجه عن رقيقه لوجوب نفقتهم في الإعسار ،
وقال ابن عقيل : يحتمل تقديم الرقيق على الزوجة . لأن فطرته متفق عليها وفطرتها
مختلف فيها ، فإن فضل آخر أخرجه عن ولده الصغير . لأن نفقته منصوص عليها
ويجمع عليها ، وفي الوالد والولد الكبير وجهان : أحدهما : يقدم الولد . لأنه
كبعثه ، والثاني : الوالد . لأنه كبعث ولده ، وتقدم فطرة الأم على فطرة
الأب لأنها مقدمة في البر . بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم للأعرابي لما سأله
« من أبر ؟ قال : أمك . قال ثم من ؟ قال : أمك . قال ثم من ؟ قال : أمك . قال
ثم من ؟ قال : ثم أباك » ، ولأنها ضعيفة عن الكسب ، ويحتمل تقديم فطرة الأب
لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » ، ثم بالجد ثم الأقرب فالأقرب
على ترتيب العصبات في الميراث ، ويحتمل تقديم فطرة الولد على فطرة المرأة لما

روى أبو هريرة قال : « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصدقة فقام رجل . فقال : يا رسول الله عندى دينار قال : تصدق به على نفسك . قال عندى آخر قال تصدق به على ولدك . قال عندى آخر قال : تصدق به على زوجتك . قال عندى آخر قال . تصدق به على خادمك . قال عندى آخر قال : أمت أبصر ، فقدم الولد فى الصدقة عليه فكدلك فى الصدقة عنه ، ولأن الولد كبعضه فيقدم كتقديم نفسه ، ولأنه إذا ضيع ولده لم يجد من ينفق عليه فيضيع ، والزوجة إذا لم ينفق عليها فرق بينهما ، وكان لها من يمونها من زوج أو ذى رحم ، ولأن نفقة الزوجة على سبيل المعاوضة ، فكانت أضعف فى استتباع الفطرة من النفقة الواجبة على سبيل الصلة ، لأن وجوب العوض المقدر لا يقتضى وجوب زيادة عليه يتصدق بها عن له العوض ، ولهذا لم تجب فطرة الأخير المشروط له مؤتته بخلاف القرابة فإنها كما اقتضت صلته بالإئناق عليه اقتضت صلته بتطهيره بإخراج الفطرة عنه .

(فصل) فإن لم يفضل إلا بعض صاع فهل يلزمه إخراج ٢ على رواتين : أحدهما : لا يلزمه . اختارها ابن عقيل ، لأنها طهرة ، فلا تجب على من لا يملك جميعها كالسكفارة ، والثانية : يلزمه إخراجها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » ولأنها طهرة فوجب منها ما قدر عليه كالطهارة بالماء ، ولأن الجزء من الصاع يخرج عن العبد المشترك فجاز أن يخرج عن غيره كالصاع .

(فصل) فإن أعسر بفطرة زوجته فعليها فطرة نفسها أو على سيدها إن كانت مملوكة . لأنها تتحمل إذا كان ثم متحمل ، فإذا لم يكن عاد إليها كالنفقة ، ويحتمل أن لا يجب عليها شيء ، لأنها لم تجب على من وجد سبب الوجوب فى حقه لعسره ، فلم تجب على غيره كفطرة نفسه ، وتفارق النفقة فإن وجبها أكد ، لأنها بما لا بد منه . وتجب على المعسر ، والعاجز ويرجع عليه بها عند يساره ، والفطرة بخلافها .

(فصل) ومن وجبت فطرته على غيره كالمرأة والنسيب الفقير إذا أخرج عن نفسه بإذن من تجب عليه صح بغير خلاف فعله ، لأنه نائب عنه ، وإن أخرج بغير إذنه ففيه وجهان : أحدهما : يجزئه . لأنه أخرج فطرته فأجزأه كالتى وجب

عليه ، والشأنى : لا يجزئه . لأنه أدى ما وجب على غيره بغير إذنه فلم يصح كما لو أدى عن غيره .

(فصل) ومن له دار يحتاج إليها لسكنائها أو إلى أجرها لنفقته أو ثياب بذلة له أو لمن تلزمه مؤنته أو رفيق يحتاج إلى خدمتهم هو أو من يمونه أو بهائم يحتاج إلى ركوبها والانتفاع بها في حوائجها الأصلية ، أو سائمة يحتاج إلى ثمنائها كذلك ، أو بضاعة يحتل ربحها الذى يحتاج إليه بإخراج الفطرة منها فلا فطرة عليه كذلك ، لأن هذا مما يتعلق به حاجته الأصلية فلم يلزمه بيعه كقوة نفسه . ومن له كتب يحتاج إليها للنظر فيها والحفظ منها لا يلزمه بيعها ، والمرأة إذا كان لها حلى للباس أو لسكراء تحتاج إليه لم يلزمها بيعه في الفطرة . وما فضل من ذلك عن حوائجها الأصلية وأمكن بيعه وصرفه في الفطرة وجبت الفطرة به . لأنه أمكن أداؤها من غير ضرر أصلى . أشبه ما لو ملك من الطعام ما يؤديه فاضلا عن حاجته .

« مسألة ، قال (وليس عليه في مكاتبه زكاة) .

وعلى المكاتب أن يخرج عن نفسه زكاة الفطر ، وعن قال لا تجب فطرة المكاتب على سيده : أبو سلمة بن عبد الرحمن ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وأوجبها على السيد : عطاء ، ومالك ، وابن المنذر . لأنه عبء ، فأشبهه سائر عبيده .

ولنا : قوله عليه السلام « من تمونون » وهذا لا يمونه ولأنه لا تلزمه مؤنته فلم تلزمه فطرته كالأجنبي ، وبهذا فارق سائر عبيده . إذا ثبت هذا : فإن على المكاتب فطرة نفسه . وفطرة من تلزمه مؤنته كزوجته ، ورقيقه . وقال أبو حنيفة والشافعي : لا تجب عليه . لأنه ناقص الملك فلم تجب عليه الفطرة كالقن ، ولأنها زكاة فلم تجب عليه كزكاة المسال .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم « فرض صدقة الفطر على الحر والعبد والذكر والأنثى » وهذا عبد ولا يخلو من كونه ذكراً أو أنثى . ولأنه يلزمه نفقة نفسه فلزمته فطرتها كالحر الموسر ، ويفارق زكاة المسال ، لأنها يعتبر لها الغنى والنصاب والحرول ، ولا يحملها أحد عن غيره بخلاف الفطرة .

(فصل) وتلزم المسكاتب فطرة من يمونه كالححر لدخولهم في عموم قوله عليه السلام «أدوا صدقة الفطر عن تمونون» .

«مسألة» قال (وإذا ملك جماعة عبداً أخرج كل واحد منهم صاعاً ، وعن أبي عبد الله رواية أخرى : صاعاً عن الجميع)

وجملة ذلك : أن فطرة العبد المشترك واجبة على مواليه ، وبهذا قال مالك ، ومحمد بن سلمة ، وعبد الملك ، والشافعي ، ومحمد بن الحسن ، وأبو ثور . وقال الحسن ، وعكرمة ، والثوري . وأبو حنيفة ، وأبو يوسف : لا فطرة على واحد منهم لأنه ليس عليه لأحد منهم ولاية تامة . أشبه المسكاتب .

ولنا : عموم الأحاديث ولأنه عبد مسلم مملوك لمن يقدر على الفطرة ، وهو من أهلها فلزمته كمملوك الواحد وفارق المسكاتب فإنه لا يلزم سيده مؤنته . ولأن المسكاتب يخرج عن نفسه زكاة الفطر بخلاف القن ، والولاية غير معتبرة في وجوب الفطرة بدليل عبد الصبي . ثم إن ولايته للجميع فتكون فطرته عليهم ، واختلفت الرواية في قدر الواجب على كل واحد منهم . ففي إحداهما على كل واحد صاع لأنها طهرة . فوجب تسكيلها على كل واحد من الشركاء ككفارة القتل . والثانية : على الجميع صاع واحد على كل واحد منهم بقدر ملكه فيه . وهذا الظاهر عن أحمد . قال فوزان رجع أحمد عن هذه المسألة وقال : يعطى كل واحد منهم نصف صاع يعني رجع عن إيجاب صاع كامل على كل واحد . وهذا قول سائر من أوجب فطرته على سادته . لأن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب صاعاً على كل واحد . وهذا عام في المشترك وغيره ؛ ولأن نفقته تقسم عليهم فكذلك فطرته التابعة لها ، ولأنه شخص واحد فلم تجب عنه صيعان كسائر الناس ، ولأنها طهرة فوجبت على سادته بالحصص كما الفسل من الجنابة إذا احتيج إليه ، وبهذا ينتقض ما ذكرناه للرواية الأولى .

(فصل) ومن بعضه حر ففطرته عليه وعلى سيده ، وبهذا قال الشافعي ، وأبو ثور ؛ وقال مالك : على الحر بحصته وليس على العبد شيء .

ولنا : أنه عبد مسلم تلزم فطرته شخصين من أهل الفطرة . فكانت فطرته عليهما كالمشترك . ثم هل يلزم كل واحد منهما صاعاً أو بالحصص ؟ ينبغي على ما ذكرنا

في العبد المشترك . فإن كان أحدهما معسراً فلا شيء عليه وعلى الآخر بقدر الواجب عليه ، ولو كان بين العبد وبين السيد مهايأة أو كان المشتركون في العبد قد تهايأوا عليه لم تدخل الفطرة في المهايأة لأن المهايأة معارضة كسب بكسب ، والفطرة حق لله تعالى فلا تدخل في ذلك كالصلاة .

(فصل) ولو ألحقت القافة ولدأ برجلين أو أكثر . فالحكم في فطرته كالحكم في العبد المشترك ، ولو أن شخصاً حراً له قريبان فأكثر عليهم نفقته بينهم كانت فطرته عليهم كالعبد المشترك على ما ذكر فيه .

• مسألة ، قال (ويعطى صدقة الفطر لمن يجوز أن يعطى صدقة الأموال) . إنما كانت كذلك . لأن صدقة الفطر زكاة فكان مصرفها مصرف سائر الزكوات ، ولأنها صدقة فتدخل في عموم قوله تعالى (٩ : ٦٠) إنما الصدقات للفقراء والمساكين الآية ولا يجوز دفعها إلى من لا يجوز دفع زكاة المال إليه ، ولا يجوز دفعها إلى ذى . وبهذا قال مالك ؛ والليث ؛ والشافعى ؛ وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : يجوز ، وعن عمرو بن ميمون وعمرو بن شرحبيل ، ومرة الحميداني : أنهم كانوا يعطون منها الرهبان .

ولنا : أنها زكاة فلم يجوز دفعها إلى غير المسلمين كزكاة المال ، ولا خلاف في أن زكاة المال لا يجوز دفعها إلى غير المسلمين ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن لا يجوز أن يعطى من زكاة المال أحد من أهل الذمة .

(فصل) ويجوز أن يعطى من أقاربه من يجوز أن يعطيه من زكاة ماله ، ولا يعطى منها غنياً ، ولا ذا قرى ، ولا أحدًا ممن منع أخذ زكاة المال ، ويجوز صرفها في الأصناف الثمانية . لأنها صدقة . فأشبهت صدقة المال .

(فصل) فإن دفعها إلى مستحقها . فأخرجها آخذها إلى دافعها أو جمعت الصدقة عند الإمام ففرقها على أهل الإيمان فعادت إلى الإنسان صدقته ، فاختار القاضي جواز ذلك ، قال لأن أحد قد نص فيمن له نصاب من الماشية والزرع أن الصدقة تؤخذ منه وترد عليه . إذا لم يكن له قدر كفايته . وهو مذهب الشافعى ولأن قبض الإمام أو المستحق أزال ملك المخرج وعادت إليه بسبب آخر ، لجاز كالمخرج عادته بميراث . وقال أبو بكر

مذهب أحد أنه لا يحل له أخذها . لأنها طهرة له فلم يجوز له أخذها كشرائها ، ولأن عمر رضى الله عنه أراد أن يشتري الفرس الذى حل عليه فى سبيل الله . فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : لا تشتريها ولا تعد فى صدقتك . فإن العائد فى صدقته كالعائد فى قبضته ، فأما إن اشتراها لم يجوز له ذلك للخبر ، فإن ورثها فله أخذها . لأنها رجعت إليه بغير فعل منه .

« مسألة ، قال (ويجوز أن يعطى الواحد ما يلزم الجماعة ، والجماعة ما يلزم الواحد) .

إعطاء الجماعة ما يلزم الواحد لانعلم فيه خلافا . لأنه صرف صدقته إلى مستحقها فبرئ منها كما لو دفعها إلى واحد ، وأما إعطاء الواحد صدقة الجماعة ، فإن الشافعى ومن وافقه ، أوجبوا تفرقة الصدقة على ستة أصناف ودفع حصة كل صنف إلى ثلاثة منهم على ما ذكرناه قبل هذا وقد ذكرنا الدليل عليه ، ولأنها صدقة لغير معين ، فجاز صرفها إلى واحد كالتطوع . وهذا قال مالك ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى .

« مسألة ، قال (ومن أخرج عن الجنين . لحسن ، وكان عثمان بن عفان رضى الله عنه يخرج عن الجنين) .

المذهب : أن الفطرة غير واجبة على الجنين ، وهو قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار لا يوجبون على الرجل زكاة الفطر عن الجنين فى بطن أمه ، وعن أحمد رواية أخرى : أنها تجب عليه . لأنه آدمى تصح الوصية له وبه ويرث فيدخل فى عموم الأخبار ويقاس على المولود .

ولنا : أنه جنين فلم تتعلق الزكاة به كأجنة البهائم ، ولأنه لم تثبت له أحكام الدنيا إلا فى الإرث والوصية بشرط أن يخرج جيا .

إذا ثبت هذا : فإنه يستحب لإخراجها عنه ، لأن عثمان كان يخرجها عنه ، ولأنها صدقة عين لا تجب عليه ، فكانت مستحبة كسائر صدقات التطوع .

« مسألة ، قال (ومن كان فى يده ما يخرج عن صدقة الفطر ، وعليه دين مثله لزومه أن يخرج إلا أن يكون مطالباً بالدين فعليه قضاء الدين ولا زكاة عليه) .

إنما لا يمنع الدين الفطرة . لأنها آكد وجوباً بدليل وجوبها على الفقير وشمولها لكل مسلم قدر على إخراجها ووجوب تحملها عن وجبت نفقته على غيره ولا تتعلق بقدر من المال ، لجرت مجرى النفقة ، ولأن زكاة المال تجب بالملك ، والدين يؤثر في الملك فأثر فيها . وهذه تجب على البدن والدين لا يؤثر فيه . وتسقط الفطرة عند المطالبة بالدين لوجوب أدائه عند المطالبة ، وتأكد كونه حق آدمي معين لا يسقط بالاعسار ، وكونه أسبق سلباً وأقدم وجوباً بأتم بتأخيرها فإنه يسقط غير الفطرة وإن لم يطالب به ، لأن تأخير المطالبة إنما هو في إلزام الأداء . وتحريم التأخير .

(فصل) وإن مات من وجبت عليه الفطرة قبل أدائها أخرجت من تركته فإن كان عليه دين وله مال يفي بهما قضياً جميعاً ، وإن لم يفي بهما قسم بين الدين والصدقة بالخصص ، نص عليه أحمد في زكاة المال أن التركة تقسم بينهما وكذا ههنا ، فإن كان عليه زكاة مال وصدقة فطر ، ودين . فزكاة الفطر والمال : كالشيء الواحد لاتحاد مصرفهما فيحاصن الدين ، وأصل هذا : أن حق الله سبحانه ، وحق الآدمي إذا تعلقا بمحل واحد فكانا في الذمة أو كانا في العين تساويا في الاستيفاء .

(فصل) وإذا مات المفلس وله عبيد فهل شوال قبيل قسمتهم بين الغرماء ففطرتهم على الورثة . لأن الدين لا يمنع نقل التركة بل غاية أن يكون رهناً بالدين وفطرة الرهن على مال له .

(فصل) ولو مات عبيده أو من يمونه بعد وجوب الفطرة لم تسقط . لانهادين ثبت في ذمته بسبب عبده فلم تسقط بموته كما لو استدان العبد بإذنه ديناً وجب في ذمته ، ولأن زكاة المال لا تسقط بتلقه فالفطرة أولى . فإن زكاة المال تتعلق بالعين في إحدى الروايتين وزكاة الفطر بخلافه .

فصول في صدقة التطوع

وهي مستحبة في جميع الأوقات لقوله تعالى : (٢ : ٢٤٥ من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة) وأمر بالصدقة في آيات كثيرة ، وحث عليها وزغب فيها وروى أبو صالح عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تصدق بعدل تمرة من كسب طيب ، ولا يصعد إلى الله إلا الطيب فإن الله تعالى يقبلها بيمينه ثم يربيها لصاحبها كما يربي أحدكم فلوه حتى تكون مثل الجبل » متفق عليه .

وصدقة السر أفضل من صدقة العلانية لقول الله تعالى (٢ : ٢٧١ إن تبدوا الصدقات فنعما هي ، وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ، ويكفر عنكم من سيئاتكم)

وروى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « سبعة يظلهم الله في ظل عرشه يوم لا ظل إلا ظله - وذكر منهم رجلا - تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه » متفق عليه .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أن صدقة السر تطفي غضب الرب » ويستحب الإكثار منها في أوقات الحاجات لقول الله تعالى (٩١ : ١٤ أو أطلعهم في يوم ذي مغربة) وفي شهر رمضان . لأن الحسنات تضاعف فيه ، ولأن فيه إغاثة على أداء الصوم للمفروض ، ومن فطر صائماً كان له مثل أجره .

وتستحب الصدقة على ذي القرباة لقول الله تعالى (٩١ : ١٥ يتيها ذا مقربة) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « الصدقة على المسكين صدقة . وهي على ذي الرحم اثنتان صدقة وصلة » وهذا حديث حسن .

وسألت زينب امرأة عبد الله بن مسعود رسول الله صلى الله عليه وسلم هل ينفعها

أن تضع صدقتها في زوجها وبني أخ لها يتامى ؟ قال « نعم لها أجران : أجر القرابة ، وأجر الصدقة » رواه النسائي .

وتشحب الصدقة على من اشتدت حاجته لقول الله تعالى (٩١ : ١٦)
أو مسكيناً ذا مربة .

(فصل) والأولى أن يتصدق من الفاضل عن كفايته ، وكفاية من يموه على الدوام لقول النبي صلى الله عليه وسلم « خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول ، متفق عليه : وإن تصدق بما ينقص عن كفاية من تلزمه مؤنته ، ولا كسب له أثم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « كفى بالمرأ إثمًا أن يضيع من يموه (١) ، ولأن نفقة من يموه واجبة والتطوع نافلة ، وتقديم النفل على القرض غير جائز ، فإن كان الرجل وحده أو كان لمن يموه كفايتهم فأراد الصدقة بجميع ماله وكان ذا مكسب أو كان واثقاً من نفسه يحسن التوكل والصبر على الفقر والتعفف عن المسألة لحسن ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم « سئل عن أفضل الصدقة فقال : « جهد من مقل إلى فقير في السر » وروى عن عمر رضى الله عنه قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نتصدق فوافق ذلك ما لا عندي فقلت : اليوم أسبق أبا بكر إن سبقته يوماً ، فجئت بنصف مالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما أبقيت لأهلك ؟ » قلت : أبقيت لهم مثله ، فأناؤه أبو بكر بكل ما عنده فقال له « ما أبقيت لأهلك ؟ » قال الله ورسوله ، فقلت لا أسألك إلى شيء بعده أبدأ ؛ فهذا كان فضيلة في حق أبي بكر الصديق رضى الله عنه لقوة يقينه وكمال إيمانه ، وكان أيضاً تاجراً ذا مكسب فإنه قال حين ولى : قد علم الناس أن كسبي لم يكن ليعجز عن مؤنة عيالي . أو كما قال رضى الله عنه : فإن لم يوجد في المتصدق أحد هذين كره لما روى أبو داود عن جابر بن عبد الله قال : كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ جاء رجل بمثل بيضة من ذهب فقال يا رسول الله أصبت

(١) رواه أحمد وأبو داود والحاكم والبيهقي في سننه بسند صحيح .

هذه من معدن أخذها فهي صدقة ما أملك غيرها ، فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أتاه من قبل ركنه الأيمن . فقال مثل ذلك فأعرض عنه ، ثم أتاه من قبل ركنه الأيسر . فقال مثل ذلك فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أتاه من خلفه فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم فحذفه بها فلو أصابته لأوجعته أو لعقرته ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يأتي أحدكم بما يملك ويقول هذه صدقة ثم يقعد يستكف الناس . خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى » فقد نبه النبي صلى الله عليه وسلم على المعنى الذى كره من أجله الصدقة بجميع ماله وهو أن يستكف الناس أى يتعرض لهم للصدقة . أى يأخذها ببطن كفه يقال : تكفف واستكف إذا فعل ذلك . وروى النسائي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى رجلا ثوبين من الصدقة ثم حث على الصدقة فطرح الرجل أحد ثوبيه . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « ألم تروا إلى هذا دخل بهيمة بذة فأعطيته ثوبين ثم قلت تصدقوا فطرح أحد ثوبيه ، خذ ثوبك » وانتهره . ولأن الإنسان إذا أخرج جميع ماله لا يأمن فتنة الفقر وشدة نزاع النفس إلى ما خرج منه فيندم فيذهب ماله ويبتل أجره ويصير كالا على الناس ، ويكره لمن لا صبر له على الإضافة أن ينقص نفسه من الكفاية التامة والله أعلم .



كتاب الصيام

الصيام في اللغة الإمساك يقال صام النهار إذا وقف سير الشمس قال الله تعالى
إخباراً عن مريم (إني نذرت للرحمن صوماً) أي صمتها لأنه إمساك عن الكلام
وقال الشاعر :

خيّل صيام وخيل غير صائمة • تحت المعجاج وأخرى تملك اللججا

يعني بالصائمة الممسكة عن الصهيل ، والصوم في الشرع عبارة عن الإمساك
عن أشياء مخصوصة في وقت مخصوص يأتي بيانه إن شاء الله تعالى ، وصوم
رمضان واجب والأصل في وجوبه الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول
الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم -
إلى قوله - فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وأما السنة : فقول النبي صلى الله عليه وسلم
« بنى الإسلام على خمس ، ذكر منها صوم رمضان ، وعن طلحة بن عبيد الله أن
رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم ثائر الرأس فقال « يا رسول الله أخبرني ماذا
فرض الله على من الصيام ؟ قال شهر رمضان قال هل على غيره ؟ قال لا إلا أن
تطوع شيئاً ، قال فأخبرني ماذا فرض الله على من الزكاة ؟ فأخبره رسول الله
صلى الله عليه وسلم بشرائع الإسلام قال والذي أكرمك لا أنطوع شيئاً ولا أنقص
بما فرض الله على شيئاً فقال النبي صلى الله عليه وسلم « املح إن صدق أو دخل
الجنة إن صدق » متفق عليهما وأجمع المسلمون على وجوب صيام شهر رمضان .

(فصل) روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا جاء رمضان فتحت
أبواب الجنة ، متفق عليه وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال
« لا تقولوا جاء رمضان فإن رمضان اسم من أسماء الله تعالى ، (١) فيتعين حمل هذا
على أنه لا يقال ذلك غير مقترن به - يدل على إرادة الشهر لئلا يخالف الأحاديث
الصحيحة والمستحب مع ذلك أن يقول شهر رمضان كما قال الله تعالى (شهر رمضان

(١) أخرجه ابن عدي وضعفه وهو مخالف لنص الحديث المتفق عليه قبله .

الذى أنزل فيه القرآن) واختلف في المعنى الذى لأجله سمي رمضان فروى أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إنما سمي رمضان . لأنه يحرق الذنوب ، (١) فيحتمل أنه أراد أنه شرع صومه دون غيره ليوافق اسمه معناه ، وقيل : هو اسم موضوع لغير معنى كسائر الشهور وقيل غير ذلك .

(فصل) والصوم المشروع هو الإمساك عن المفطرات من طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس وروى معنى ذلك عن عمر وابن عباس وبه قال عطاء وعوام أهل العلم وروى عن علي رضي الله عنه أنه لما صلى الفجر قال الآن حين تبين الخيط الأبيض من الخيط الأسود . وعن ابن مسعود نحوه وقال مسروق لم يكونوا يعدون الفجر بجرم إنما كانوا يعدون الفجر الذى يمسأ البيوت والطرق وهذا قول الأعمش .

وانما : قول الله تعالى (حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر) يعنى بياض النهار من سواد الليل وهذا يحصل بطلوع الفجر قال ابن عبد البر في قول النبي صلى الله عليه وسلم : إن بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم ، دليل على أن الخيط الأبيض هو الصباح وأن السحور لا يكون إلا قبل الفجر وهذا إجماع لم يخالف فيه إلا الأعمش وحده فشذ ولم يخرج أحد على قوله ، والنهار الذى يجب صيامه من طلوع الفجر إلى غروب الشمس ، قال : هذا قول جماعة علماء المسلمين .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا مضى من شعبان تسعة وعشرون يوماً طلبوا الهلال فإن كانت السماء مصحبة لم يصوموا ذلك اليوم) .

وجملة ذلك : أنه يستحب للناس ترائي الهلال ليلة الثلاثين من شعبان وتطلبه ليحتاطوا بذلك لصيامهم ويسلموا من الاختلاف ، وقد روى الترمذى عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : احصوا هلال شعبان لرمضان ، فإذا رأوه وجب عليهم الصيام لإجماعاً وإن لم يروه وكانت السماء مصحبة لم يكن لهم

(١) وهذا لا يصح حديثاً وله وجه في اللغة لأن الرمضاء شدة حر الشمس .

صيام ذلك اليوم إلا أن يوافق صوماً كانوا يصومونه مثل من عادته صوم يوم وإفطار يوم أو صوم يوم الخميس أو صوم آخر يوم من الشهر وشبه ذلك إذا وافق صومه أو من صام قبل ذلك بأيام فلا بأس بصومه لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يتقدم أحدكم رمضان بصيام يوم أو يومين إلا أن يكون رجل كان يصوم صياماً فليصمه ، متفق عليه وقال عمار من صام اليوم الذي يشك فيه فقد عصى أبا القاسم صلى الله عليه وسلم قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وكره أهل المسلم صوم يوم الشك واستقبال رمضان باليوم واليومين انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وحكى عن القاسم بن محمد أنه سئل عن صيام آخر يوم من شعبان هل يكره ؟ قال لا إلا أن يغنى الهلال وإتباع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى فأما استقبال الشهر بأكثر من يومين فغير مكروه فإن مفهوم حديث أبي هريرة أنه غير مكروه لتخصيصه النبي باليوم واليومين وقد روى العلامة ابن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا كان النصف من شعبان فامسكوا عن الصيام حتى يكون رمضان ، قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح إلا أن أحمد قال : ليس هو بمحفوظ قال وسألنا عنه عبد الرحمن ابن مهدي فلم يصححه ولم يحدثنى به وكان يتوقاه قال أحمد والعلامة لا يشكر من حديثه إلا هذا لأنه خلاف ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يصل شعبان برمضان ويحمل هذا الحديث على نفي استحباب الصيام في حق من لم يصم قبل نصف الشهر وحديث عائشة في صلة شعبان برمضان في حق من صام الشهر كله فإنه قد جاء ذلك في سياق الخبر فلا تعارض بين الخبرين إذا . وهذا أولى من حملهما على التعارض ورد أحدهما بصاحبه والله أعلم . وفي كلام الخرق فيه اختصار وتقديره طلبوا الهلال فإن رأوه صاموا وإن لم يروه وكانت السماء مصحبة لم يصوموا لحذف بعض الكلام العلم به اختصاراً .

(فصل) ويستحب لمن رأى الهلال أن يقول ما روى ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا رأى الهلال قال : الله أكبر اللهم أهله عافيناً بالآمن والإيمان والسلامة والإسلام والتوفيق لما تحب وترضى ربى وربك الله ، رواه الأثرم .

(فصل) وإذا رأى الهلال أهل بلد لزم جميع البلاد الصوم وهذا قول الليث وبعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم إن كان بين البلدين مسافة قريبة لا يختلف المطالع لأجلها كبغداد والبصرة لزم أهلها الصوم برؤية الهلال في إحداها وإن كان بينهما بعد كالعراق والحجاز والشام فلكل أهل بلد رؤيتهم ، وروى عن عكرمة أنه قال لكل أهل بلد رؤيتهم وهو مذهب القاسم وسالم وإسحاق لما روى كريب قال قدمت الشام واستهل على هلال رمضان وأنا بالشام فرأينا الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة في آخر الشهر فسألني ابن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتم الهلال ؟ قلت رأيته ليلة الجمعة فقال : أنت رأيته ليلة الجمعة ؟ قلت نعم وراه الناس وصاموا وصام معاوية فقال : لكن رأيته ليلة السبت فلا يزال نصوم حتى نكمل ثلاثين أو نراه ، فقلت ألا تمكثن برؤية معاوية وصيامه ؟ فقال لا هكذا أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح غريب ورواه مسلم أيضاً .

ولنا قول الله تعالى (فن شهد منكم الشهر فليصمه) وقول النبي صلى الله عليه وسلم للأعرابي لما قال له : آله أمرك أن تصوم هذا الشهر من السنة ؟ قال « نعم » وقوله للأعرابي لما قال له ماذا فرض الله على من الصوم ؟ قال « شهر رمضان » وأجمع المسلمون على وجوب صوم شهر رمضان وقد ثبت أن هذا اليوم من شهر رمضان بشهادة الثقات فوجب صومه على جميع المسلمين ولأن شهر رمضان ما بين الهلالين ، وقد ثبت أن هذا اليوم منه في سائر الأحكام من حلول الدين ووقوع الطلاق والعتاق ووجوب النذور وغير ذلك من الأحكام فيجب صيامه بالنص والإجماع ولأن البيئة العادلة شهدت برؤية الهلال فيجب الصوم كما لو تقاربت البلدان ، فأما حديث كريب فإنه يدل على أنهم لا يفطرون بقول كريب وحده ونحن نقول به وإنما محل الخلاف وجوب قضاء اليوم الأول وليس هو في الحديث ، فإن قيل فقد قلتم إن الناس إذا صاموا يشهادة واحد ثلاثين يوماً ولم يروا الهلال أفطروا في أحد الوجهين ، قلنا الجواب عن هذا من وجهين أحدهما : أننا إنما قلنا يفطرون إذا صاموا بشهادته فيكون فطرهم مبنيّاً على صومهم بشهادته وهما لم يصوموا بقوله فلم يوجد ما يجوز بناء الفطر عليه ، والثاني . أن الحديث دل على صحة الوجه الآخر .

« مسألة ، قال (وإن حال دون منظره غيم أو قتر وجب صيامه وقد أجزأ إذا كان من شهر رمضان » .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في هذه المسألة فروى عنه مثل ما نقل الخرقى ، اختارها أكثر شيوخ أصحابنا وهو مذهب عمر وابنه وعمر بن العاص وأبي هريرة وأنس ومعاوية وعائشة وأسماء ابنتي أبي بكر وبه قال بكر بن عبد الله وأبو عثمان النهدي وابن أبي مريم ومطرف وميمون بن مهران وطاوس ومجاهد وروى عنه أن الناس تبع للإمام فإن صام صاموا وإن أفطر أفطروا ، وهذا قول الحسن وابن سيرين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الصوم يوم تصومون والفطر يوم تفطرون والأضحى يوم تضحون » قيل معناه أن الصوم والفطر مع الجماعة ومعظم الناس قال الترمذى هذا حديث حسن غريب وعن أحمد رواية ثالثة لا يجب صومه ولا يجزئه عن رمضان إن صامه وهو قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك والشافعى ومن تبعهم لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غمى عليكم فأكثروا عدة شعبان ثلاثين » رواه البخارى ، وعن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم فاقدرُوا له ثلاثين » رواه مسلم وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم يوم الشك متفق عليه وهذا يوم شك ولأن الأصل بقاء شعبان فلا ينتقل عنه بالشك .

ولنا ما روى نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنما الشهر تسع وعشرون (١) فلا تصوموا حتى تروا الهلال ولا تفطروا حتى تروه فإن غم عليكم فاقدرُوا له » قال نافع كان ابن عمر إذا مضى من شعبان تسعة وعشرون يوماً بعث من ينظر له الهلال فإن رأى فذاك وإن لم يرو ولم يحل دون منظره سحاب ولا قتر أصبح مفطراً ، وإن حال دون منظره سحاب أو قتر أصبح صائماً ، رواه أبو داود ، ومعنى : اقدرُوا له أى ضيقُوا له السدد من قوله تعالى (ومن قدر

عليه رزقه (أى ضيق عليه وقوله (يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر) والتضييق له أن يجعل شعبان تسعة وعشرين يوماً (١) وقد فسره ابن عمر بفعله وهو رواه وأعلم بمعناه فيجب الرجوع إلى تفسيره كما رجع إليه في تفسير التفرق في خيار المتبايعين ، وروى عن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل « هل صمت من سرر شعبان شيئاً ؟ » قال لا وفى لفظ « أصمت » من سرر هذا الشهر شيئاً ؟ قال لا قال « فإذا أفطرت فصم يومين » متفق عليه . وسرر الشهر آخره ليال يستمر الهلال فلا يظهر ولأنه شك فى أحد طرفي الشهر لم يظهر فيه أنه من غير رمضان فوجب الصوم كالطرف الآخر ، قال على وأبو هريرة وعائشة : لأن أصوم يوماً من شعبان أحب إلى من أن أفطر يوماً من رمضان ولأن الصوم يحتمل له ولذلك وجب الصوم بخبر واحد ولم يفطر إلا بشهادة اثنين ، فأما خبر أبي هريرة الذى احتجوا به فإنه يرويه محمد بن زياد وقد خالفه سعيد بن المسيب فرواه عن أبي هريرة « فإن غم عليكم فصوموا ثلاثين » وروايته أولى بالتقديم لإمامته واشتهار عدالته وثقته وموافقته لرأى أبي هريرة ومذهبه . وخبر ابن عمر الذى رويناه ورواية ابن عمر فاقدروا له ثلاثين مخالفة للرواية الصحيحة المتفق عليها ولمذهب ابن عمر ورأيه . والتهنى عن صوم الشك محمول على حال الصحو بدليل ما ذكرناه ، وفى الجملة لا يجب الصوم إلا برؤية الهلال أو كمال شعبان ثلاثين يوماً أو يحول دون منظر الهلال غيم أو قتر على ما ذكرنا من الخلاف فيه .

« مسألة » (ولا يجزئه صيام فرض حتى ينويه أى وقت كان من الليل) .

وجملته أنه لا يصح صوم إلا بنية إجماعاً فرضاً كان أو تطوعاً لأنه عبادة محضة فافتقر إلى النية كالصلاة ، ثم إن كان فرضاً كصيام رمضان فى أدائه أو قضائه والنذر والكفارة اشترط أن ينويه من الليل عند إمامنا ومالك والشافعى وقال أبو حنيفة يجزئ صيام رمضان وكل صوم متعين بنية من النهار لأن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل غداة عاشوراء إلى قرى الأنصار التى حول المدينة « من كان

(١) الجمهور فسروا القدر له بالتقدير لا بالتضييق وفعل ابن عمر للاحتياط .

أصبح صائماً فليتم صومه ، ومن كان أصبح مفطراً فليصم بقية يومه ، ومن لم يكن أكل فليصم ، متفق عليه ، وكان صوماً واجباً متعيناً ولأنه غير ثابت في الذمة فهو كالتطوع .

ولنا ما روى ابن جريج وعبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن الزهري عن سالم عن أبيه عن حفصة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له ، وفي لفظ ابن حزم : من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له ، أخرجه النسائي وأبو داود والترمذي وروى العارضي بإسناده عن عمرة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من لم يبيت الصيام قبل طلوع الفجر فلا صيام له ، وقال إسناده كله ثقات وقال في حديث حفصة رفعه عبد الله بن أبي بكر عن الزهري وهو من الثقات الرفعاء ، ولأنه صوم فرض فافتقر إلى النية من الليل كالقضاء ، فأما صوم عاشوراء فلم يثبت وجوبه فإن معاوية قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : هذا يوم عاشوراء ولم يكتب الله عليكم صيامه وأنا صائم فمن شاء فليصم ومن شاء فليفطر ، متفق عليه فلو كان واجباً لم يسمح فطره فإنما سمي الإيمساك صياماً تجوزاً بدليل قوله : ومن كان أصبح مفطراً فليصم بقبية يومه . ولم يفرق بين المفطر بالأكل وغيره وقد روى البخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر رجلاً أن أذن في الناس : أن من كان أكل فليصم بقية يومه ، وإمساك بقية اليوم بعد الأكل ليس بصيام شرعي وإنما سماه صياماً تجوزاً ، ثم لو ثبت أنه صام فالفرق بين ذلك وبين رمضان أن وجوب الصيام تجدد في أثناء النهار فأجزأته النية حين تجدد الوجوب كن كان صائماً تطوعاً فنذر لإتمام صوم بقية يومه فإنه تجزئه نيته عند نذره بخلاف ما إذا كان النذر متقدماً . والفرق بين التطوع والفرض من وجهين (أحدهما) أن التطوع يمكن الإتيان به في بعض النهار بشرط عدم المفطرات في أوله بدليل قوله عليه السلام في حديث عاشوراء فليصم بقية يومه فإذا نوى صوم التطوع من النهار كان صائماً بقية النهار دون أوله والفرض يكون واجباً في جميع النهار ولا يكون صائماً بغير النية (والثاني) أن التطوع سوح في نيته من الليل تكثيراً له فإنه قد يبدو له الصوم في النهار فاشتراط النية في الليل يمنع ذلك فساح الشرع فيها كمساعدته في ترك القيام في صلاة التطوع

وترك الاستقبال فيه في السفر تسكيناً له بخلاف الفرض ، إذا ثبت هذا : ففي أى جزء من الليل نوى أجزاءه وسواء فعل بعد النية ما يتنافى الصوم من الأكل والشرب والجماع أم لم يفعل ، واشترط بعض أصحاب الشافعي أن لا يأتي بعد النية بمناف للصوم واشترط بعضهم وجود النية في النصف الأخير من الليل كما اختص أذان الصبح والدفع من مزدلفة به .

ولنا مفهوم قوله عليه السلام « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » من غير تفصيل ولأنه نوى من الليل فصح صومه كما لو نوى في النصف الأخير ولم يفعل ما يتنافى الصوم ولأن تخصيص النية بالنصف الأخير يفضي إلى تفويت الصوم لأنه وقت النوم وكثير من الناس لا ينتبه فيه ولا يذكر الصوم ، والشارع إنما رخص في تقديم النية على ابتداءه لخرج اعتبارها عنده فلا يخصها بمحل لا تندفع المشقة بتخصيصها به ولأن تخصيصها بالنصف الأخير تحكم من غير دليل ، ولا يصح اعتبار الصوم بالأذان والدفع من مزدلفة لأنهما يجوزان بعد الفجر فلا يفضي منعهما في النصف الأول إلى فواتهما بخلاف نية الصوم ولأن اختصاصهما بالنصف الأخير بمعنى تجويزهما فيه واشترط النية بمعنى الإيجاب والتحكم وفوات الصوم بفواتها فيه وهذا فيه مشقة ومضرة بخلاف التجويز ولأن منعهما في النصف الأول لا يفضي إلى اختصاصهما بالنصف الأخير لجوازهما بعد الفجر والنية بخلافه ، فأما إن فسح النية مثل إن نوى الفطر بعد نية الصيام لم تجزئه تلك النية المفسوخة ، لأنها زالت حكماً وحقيقة .

(فصل) وإن نوى من النهار صوم الغد لم تجزئه تلك النية إلا أن يستصبحها إلى جزء من الليل وقد روى ابن منصور عن أحمد من نوى الصوم عن قضاء رمضان بالنهار ولم ينو من الليل فلا بأس إلا أن يكون فسح النية بعد ذلك ، فظاهر هذا حصول الإجزاء بنية من النهار إلا أن القاضى قال هذا محمول على أنه استصبح النية إلى جزء من الليل ، وهذا صحيح ظاهر لقوله عليه السلام « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » ولأنه لم ينو عند ابتداء العبادة ولا قريباً منها فلم يصح كما لو نوى من الليل صوم بعد غد .

(فصل) وتعتبر النية لكل يوم وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وعن أحمد أنه تجزئه نية واحدة لجميع الشهر إذا نوى صوم جميعه وهذا مذهب مالك وإسحاق لأنه نوى في زمن يصلح جنسه لنية الصوم فجاز كما لو نوى كل يوم في ليلته .

ولنا أنه صوم واجب فوجب أن ينوى كل يوم من ليلته كالقضاء ولأن هذه الأيام عبادات لا يفسد بعضها بفساد بعض ويتخللها ما ينافيها فأشبهت القضاء وبهذا فارقت اليوم الأول ، وعلى قياس رمضان إذا نذر صوم شهر بعينه فيخرج فيه مثل ما ذكرناه في رمضان .

(فصل) ومعنى النية القصد وهو اعتقاد القلب فعل شيء وعزمه عليه من غير تردد فتى خطر بقلبه في الليل أن غداً من رمضان وأنه صائم فيه فقد نوى ، وإن شك في أنه من رمضان ولم يكن له أصل يبني عليه مثل أن يكون ليلة الثلاثين من شعبان ولم يحصل دون مطلع الهلال غيم ولا قتر فمزم أن يصوم غداً من رمضان لم تصح النية ولا يجزئه صيام ذلك اليوم لأن النية قصد تتبع العلم ، وما لا يعلمه ولا دليل على وجوده ولا هو على ثقة من اعتقاده لا يصح قصده وبهذا قال حماد وربيعة ومالك وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المنذر وقال الثوري والأوزاعي يصح إذا نواه من الليل لأنه نوى الصيام من الليل فصح كالיום الثاني وعن الشافعي كالمذهبين .

ولنا : أنه لم يجزئ النية بصومه من رمضان فلم يصح كما لو لم يعلم إلا بعد خروجه وكذلك لو بني على قول المنجمين وأهل المعرفة بالحساب فوافق الصواب لم يصح صومه وإن كثرت إصاباتهم لأنه ليس بدليل شرعى يجوز البناء عليه ولا العمل به فكان وجوده كعدمه قال النبي صلى الله عليه وسلم « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته » وفي رواية « لا تصوموا حتى تروه ولا تفطروا حتى تروه » فأما ليلة الثلاثين من رمضان فتصح نيته وإن احتمل أن يكون من شوال لأن الأصل بقاء رمضان وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بصومه بقوله « ولا تفطروا حتى تروه » لكن إن قال : إن كان غداً من رمضان فأما صائم وإن كان من شوال فأنا مفطر

قال ابن عقيل لا يصح صومه لأنه لم يجز بمنية الصيام، والنية اعتقاد جازم، ويحتمل أن يصح لأن هذا شرط واقع والأصل بقاء رمضان.

(فصل) ويجب تعيين النية في كل صوم واجب وهو أن يعتقد أنه يصوم غداً من رمضان أو من قضاائه أو من كفارته أو نذرته نص عليه أحمد في رواية الأثرم فإنه قال قلت لأبي عبد الله أسير صام شهر رمضان في أرض الروم ولا يعلم أنه رمضان ينوي التطوع؟ قال لا يجزئه إلا بعزيمة أنه من رمضان ولا يجزئه في يوم الشك إذا أصبح صائماً وإن كان من رمضان إلا بعزيمة من الليل أنه من رمضان وبهذا قال مالك والشافعي، وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يجب تعيين النية لرمضان فإن المروذي روى عن أحمد أنه قال يكون يوم الشك يوم غيم إذا أجمعنا على أننا نصبح صيماً يجزئنا من رمضان وإن لم نعتقد أنه من رمضان؟ قال نعم قلت فقول النبي صلى الله عليه وسلم «إنما الأعمال بالنيات»، ليس يريد أن ينوي أنه من رمضان؟ قال لا إذا نوى من الليل أنه صائم أجزأه وحكي أبو حفص العكبري عن بعض أصحابنا أنه قال ولو نوى تفلاً وقع عنه رمضان وصح صومه وهذا قول أبي حنيفة وقال بعض أصحابنا ولو نوى أن يصوم تطوعاً ليلة الثلاثين من رمضان فوافق رمضان أجزأه قال القاضي وجدت هذا الكلام اختياراً لأبي القاسم ذكره في شرحه وقال أبو حفص لا يجزئه إلا أن يعتقد من الليل بلا شك ولا تلوم، فعلى القول الثاني لو نوى في رمضان الصوم مطلقاً أو نوى تفلاً وفغ عن رمضان وصح صومه وهذا قول أبي حنيفة إذا كان مقبلاً لأنه فرض مستحق في زمن بعينه فلا يجب تعيين النية له كطواف الزيارة

ولنا: أنه صوم واجب فوجب تعيين النية له كالقضاء وطواف الزيارة كسألتنا في افتقاره إلى التعيين فلو طاف ينوي به الوداع أو طاف بنية الطواف مطلقاً لم يجزئه عن طواف الزيارة ثم الحجة بخلاف للصوم ولهذا يتعقد مطلقاً وينصرف إلى الفرض ولو حج عن غيره ولم يكن حج عن نفسه وقع عن نفسه ولو نوى الإحرام بمثل ما أحرم به فلان صح ويتعقد فاسداً بخلاف الصوم.

(فصل) ولو نوى ليلة الشك إن كان غداً من رمضان فأنا صائم فرضاً وإلا فهو نفل لم يجزئه على الرواية الأولى لأنه لم يعين الصوم من رمضان جزماً، ويجزئه على

الأخرى لأنه قد نوى الصوم ولو كان عليه صوم من سنة خمس فنوى أنه يصوم عن سنة ست أو نوى الصرم عن يوم الأحد وكان الاثنين أو ظن أن غداً الأحد فنواه وكان الاثنين صح صومه لأن نية الصوم لم تختل وإنما أخطأت في الوقت .
(فصل) وإذا عين النية عن صوم رمضان أو قضائه كفارة أو نذر لم يحتج أن ينوى كونه فرضاً وقال ابن حامد يجب ذلك وقد مر بيان ذلك في الصلاة .

د مسألة ، قال (ومن نوى صيام التطوع من النهار ولم يكن طعمه أجزأه)

وجملة ذلك : أن صوم التطوع يجوز بنية من النهار عند إمامنا وأبي حنيفة ، والشافعي ، وروى ذلك عن أبي الدرداء وأبي طلحة وابن مسعود وحذيفة وسعيد ابن المسيب وسعيد بن جبير والنخعي وأصحاب الرأي وقال مالك ، وداود لا يجوز إلا بنية من الليل لقوله عليه السلام « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » ولأن الصلاة يتفق وقت النية لفرضها ونفلها وكذلك الصوم .

ولنا ما روت عائشة رضى الله عنها قالت دخل على النبي صلى الله عليه وسلم ذات يوم فقال « هل عندكم من شيء » قلنا لا قال : فإني إذا صائم ، أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي ويبدل عليه أيضاً حديث عاشوراء ولأن الصلاة يخفف نفلها عن فرضها بدليل أنه لا يشترط القيام لنفلها ويجوز في السفر على الرحلة إلى غير القبلة فكذا الصيام ، وحديثهم يخصه بحديثنا على أن حديثنا أصح من حديثهم فإنه من رواية ابن أبي عمير ويحيى بن أيوب قال الميموني سألت أحمد عنه فقال أخبرك ماله عندي ذلك الإسناد إلا أنه عن ابن عمر وحفصة إسنادان جيدان ، والصلاة يتفق وقت النية لنفلها وفرضها لأن اشتراط النية في أول الصلاة لا يفضي إلى تقليلها بخلاف الصوم فإنه يعين له الصوم من النهار فعني عنه كما لو جوزنا التنفل قاعداً وعلى الرحلة لهذه العلة .

(فصل) وأي وقت من النهار نوى أجزأه سواء في ذلك ما قبل الزوال وبعده هذا ظاهر كلام أحمد والخرقي وهو ظاهر قول ابن مسعود فإنه قال أحكم بأخير النظرين ما لم يأكل أو يشرب وقال رجل لسعيد بن المسيب إني لم آكل إلى الظهر أو إلى العصر أفأصوم بقية يومى ؟ قال نعم واختار القاضى في المحرر أنه لا تجزئه النية بعد

الزوال وهذا مذهب أبي حنيفة والمشهور من قول الشافعي ، لأن معظم النهار مضى من غير نية بخلاف النوى قبل الزوال فإنه قد أدرك معظم العبادة ولهذا تأثير في الأصول بدليل أن من أدرك الإمام قبل الرفع من الركوع أدرك الركعة لإدراكه معظمها ولو أدركه بعد الرفع لم يكن مدركا لها ولو أدرك مع الإمام من الجمعة ركعة كان مدركا لها لأنها تزيد بالشهد ولو أدرك أقل من ركعة لم يكن مدركا لها .

ولنا أنه نوى في جزء من النهار فأشبهه ما لو نوى في أوله . ولأن جميع الليل وقت لنية الفرض فكذا جميع النهار وقت لنية النفل ، إذا ثبت هذا : فإنه يحكم له بالصوم الشرعي المثاب عليه من وقت النية في المنصوص عن أحد فإنه قال من نوى في التطوع من النهار كتب له بقية يومه وإذا أجمع من الليل كان له يومه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال أبو الخطاب في الهداية يحكم له بذلك من أول النهار وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن الصوم لا يتبعض في اليوم بدليل ما لو أكل في بعضه لم يجز له صيام باقيه ، فإذا وجد في بعض اليوم دل على أنه صائم من أوله ولا يمنع الحكم بالصوم من غير نية حقيقية كما لو نسي الصوم بعد نيته أو غفل عنه ، ولأنه لو أدرك بعض الركعة أو بعض الجماعة كان مدركا لجميعها .

ولنا أن ما قبل النية لم ينو صيامه فلا يكون صائما فيه لقوله عليه السلام « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » ولأن الصوم عبادة محضة فلا توجد بغير نية كسائر العبادات المحضة ، ودعوى أن الصوم لا يتبعض دعوى محل النزاع وإنما يشق لصوم البعض أن لا توجد المفطرات في شيء من اليوم ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عاشوراء « فليصم بقية يومه » وأما إذا نسي النية بعد وجودها فإنه يكون مستصحباً لحكمها بخلاف ما قبلها فإنها لم توجد حكماً ولا حقيقة ولهذا لو نوى الفرض من الليل ونسيه في النهار صح صومه ولو لم ينو من الليل لم يصح صومه . وأما إدراك الركعة والجماعة فإنما معناه أنه لا يحتاج إلى قضاء ركعة وينوى أنه مأوم وليس هذا مستحيلاً أما أن يكون ما صلى الإمام قبله من الركعات محسوباً له بحيث يجزئه عن فعله فكلنا ولأن مدرك الركوع مدرك لجميع أركان الركعة ، لأن القيام وجد حين كبر وفعل سائر الأركان مع الإمام وأما الصوم فإن النية شرط له أو ركن فيه فلا يتصور وجوده بدون شرطه وركنه ، إذا ثبت هذا

فإن من شرطه أن لا يكون طعم قبل النية ولا فعل ما يفطره فإن فعل شيئاً من ذلك لم يجزه الصيام بغير خلاف نفعه .

« مسألة » قال (ومن نوى من الليل فأغشى عليه قبل طلوع الفجر فلم يبق حتى غربت الشمس لم يجزه صيام ذلك اليوم)

وجلة ذلك أنه متى أغشى عليه جميع النهار فلم يبق في شيء منه لم يصح صومه في قول إمامنا والشافعي . وقال أبو حنيفة : يصح . لأن النية قد صححت ، وزوال الاستئثار بعد ذلك لا يمنع صحة الصوم كالنوم .

ولنا : أن الصوم هو الإمساك مع النية ، قال النبي صلى الله عليه وسلم « يقول الله تعالى كل عمل ابن آدم له إلا الصيام فإنه لي وأنا أجزي به يدع طعامه وشرابه من أجل » متفق عليه ، فأضاف ترك الطعام والشراب إليه . فإذا كان مغشى عليه فلا يضاف الإمساك إليه فلم يجزه ، ولأن النية أحد ركبي الصوم فلا يجزئ وحدها كالإمساك وحده ، أما النوم فإنه عادة ولا يزيل الإحساس بالأكية ومتى نبه انتبه ، والإغماء عارض يزيل العقل فأشبه المجنون ، إذا ثبت هذا فزوال العقل يحصل بثلاثة أشياء . أحدها : الإغماء وقد ذكرناه ومتى فسد الصوم به فعلى المغشى عليه القضاء بغير خلاف علمناه لأن مدته لا تتناول غالباً . ولا تثبت الولاية على صاحبه فلم يزل التكليف به وقضاء العبادات كالنوم ، ومتى أفاق المغشى عليه في جزء من النهار صح صومه سواء كان في أوله أو آخره ، وقال الشافعي في أحد قولي : تعتبر الإفاقة في أول النهار ليحصل حكم النية في أوله .

ولنا : أن الإفاقة حصلت في جزء من النهار فأجزأ كما لو وجدت في أوله وما ذكره لا يصح فإن النية قد حصلت من الليل فيستغنى عن ذكرها في النهار كما لو نام أو غفل عن الصوم ، ولو كانت النية إنما تحصل بالإفاقة في النهار لما صح منه صوم الفرض بالإفاقة لأنه لا يجزئ بنية من النهار .

الثاني : النوم فلا يؤثر في الصوم سواء وجد في بعض النهار أو جميعه .

الثالث : المجنون يحكمه حكم الإغماء إلا أنه إذا وجد في جميع النهار لم يجب قضاؤه . وقال أبو حنيفة : متى أفاق المجنون في جزء من رمضان لزمه قضاء ما مضى

منه ، لأنه أدرك جزءاً من رمضان وهو عاقل فلم يمه صيامه كما لو أفاق في جزء من اليوم . وقال الشافعي : إذا وجد الجنون في جزء من النهار أفسد الصوم : لأنه معنى يمنع وجوب الصوم فأفسده وجوده في بعضه كالحيض .

ولنا : أنه معنى يمنع الوجوب إذا وجد في جميع الشهر فمنعه إذا وجد في جميع النهار كالصبا والكفر وأما إن أفاق في بعض اليوم قلنا منع في وجوبه ، وإن سلمناه فإنه قد أدرك بعض وقت العبادة فلم يمه كالصبي إذا بلغ والكافر إذا أسلم في بعض النهار وكما لو أدرك بعض وقت الصلاة .

ولنا على الشافعي أنه زوال عقل في بعض النهار فلم يمنع صحة الصوم كالإغماء والنوم ، ويفارق الحيض فإن الحيض لا يمنع الوجوب ، وإنما يجوز تأخير الصوم ويحرم فعله ويوجب الغسل ويحرم الصلاة والقراءة واللبث في المسجد والوطء فلا يصح قياس الجنون عليه .

د مسألة ، قال (وإذا سافر ما يقصر فيه الصلاة فلا يفطر حتى يترك البيوت وراء ظهره) .

وجملة ذلك : أن للمسافر أن يفطر في رمضان وغيره بدلالة الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب : فقول الله تعالى (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله وضع عن المسافر الصوم ، رواء النسائي والترمذي وقال حديث حسن في أخبار كثيرة سواء ، وأجمع المسلمون على إباحة الفطر للمسافر في الجملة ، وإنما يباح الفطر في السفر الطويل الذي يبيح القصر وقد ذكرنا قدره في الصلاة ، ثم لا يخلو المسافر من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يدخل عليه شهر رمضان في السفر فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في إباحة الفطر له .

والثاني : أن يسافر في أثناء الشهر ليلا فله الفطر في صبيحة الليلة التي يخرج فيها : وما بعدما في قول عامة أهل العلم . وقال عبيدة السلماني وأبو مجلز وسويد بن غفلة لا يفطر من سافر بعد دخول الشهر لقول الله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وهذا قد شهد به .

ولنسا : قول الله تعالى (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر)
 وروى ابن عباس قال : خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح في شهر
 رمضان فصام حتى بلغ الكديد ، ثم أفطر وأفطر الناس ، متفق عليه ، ولأنه مسافر
 فأباح له الفطر كما لو سافر قبل الشهر ، والآية تناولت الأمر بالصوم لمن شهد الشهر
 كله . وهذا لم يشهده كله .

الثالث : أن يسافر في أثناء يوم من رمضان لحكمه في اليوم الثاني كمن سافر
 ليلاً ، وفي إباحة فطر اليوم الذي سافر فيه عن أحمد روايتان : إحداهما : له أن
 يفطر وهو قول عمرو بن شرحبيل والشعبي وإسحق وداود وابن المنذر لما روى عبيد
 ابن جبير قال : ركب مع أبي بصرة الغفاري سفينة من القسطنطين في شهر رمضان
 فدفع ثم قرب غداه فلم يجاوز البيوت حتى دعا بالسفرة ثم قال اقترب فقلت أأست
 ترى البيوت ؟ قال أبو بصرة أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟
 فأكل . رواه أبو داود ، ولأن السفر معنى لو وجد ليلاً واستمر في النهار لأباح
 الفطر فإذا وجد في أثناءه أباحه كالمرض ، ولأنه أحد الأمرين المنصوص عليهما في
 إباحة الفطر بهما فأباحه في أثناء النهار كالأخر . والرواية الثانية : لا يباح له الفطر
 ذلك اليوم وهو قول مسكحول ، والزهري ، ويحيى الأنصاري ، ومالك ، والأوزاعي
 والشافعي ، وأصحاب الرأي لأن الصوم عبادة تختلف بالسفر والحضر فإذا اجتمعا
 فيها غلب حكم الحضر كالصلاة والأول أصح للخبر ، ولأن الصوم يفارق الصلاة
 فإن الصلاة يلزم إتمامها بنيتها بخلاف الصوم .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يباح له الفطر حتى يخلف البيوت وراء ظهره يعني أنه
 يجاوزها ويخرج من بين بنيانها وقال الحسن : يفطر في بيته إن شاء يوم يريد أن
 يخرج ، وروى نحوه عن عطاء ، قال ابن تيمية البر قول الحسن قول شاذ ، وليس
 الفطر لأحد في الحضر في نظر ولا أثر ، وقد روى عن الحسن خلافه ، وقد روى
 محمد ابن كعب قال : أتيت أنس بن مالك في رمضان وهو يريد السفر وقد رحلت
 له راحلته ولبس ثياب السفر فدعا بطعام فأكل فقلت له سنة ؟ فقال : سنة ثم ركب
 قال الترمذي هذا حديث حسن .

ولنا : قول الله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وهذا شاهد ولا يوصف
بكونه مسافراً حتى يخرج من البلد ، ومهما كان في البلد فله أحكام الحاضرين
ولذلك لا يقصر الصلاة ، فأما أنس فيحتمل أنه قد كان برز من البلد خارجاً منه
فأتاه محمد بن كعب في منزله ذلك .

(فصل) وإن نوى المسافر الصوم في سفره ثم بدا له أن يفطر فله ذلك ،
واختلف قول الشافعي فيه . فقال مرة لا يجوز له الفطر ، وقال مرة أخرى إن صح
حديث الكديد لم أر به بأساً أن يفطر . وقال مالك : إن أفطر فعليه القضاء
والكفارة لأنه أفطر في صوم رمضان فلزمه ذلك كما لو كان حاضراً .

ولنا حديث ابن عباس وهو حديث صحيح متفق عليه ، وروى جابر أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح فصام حتى بلغ كراع الغميم فصام
الناس معه ، فقيل له إن الناس قد شق عليهم الصيام وإن الناس ينظرون ما فعلت
فدعا بفدح من ماء بعد العصر فشرب والناس ينظرون فأفطر بعضهم وصام بعضهم
فبلغه أن ناساً صاموا فقال « أولئك العصاة » رواه مسلم ، وهذا نص صريح
لا يعرج على من خالفه ، إذا ثبت هذا فإن له أن يفطر بما شاء من أكل وشرب
وغيرهما إلا الجماع هل له أن يفطر به أم لا ؟ فإن أفطر بالجماع ففي الكفارة روايتان :
الصحيح منهما أنه لا كفارة عليه وهو مذهب الشافعي (والثانية) يلزمه كفارة ،
لأنه أفطر بجماع فلزمته كفارة كالحاضر .

ولنا : أنه صوم لا يجب المضى فيه فلم تجب الكفارة بالجماع فيه كالتطوع وفارق
الحاضر الصحيح فإنه يجب عليه المضى في الصوم ، وإن كان مريضاً يباح له الفطر
فهو كالمسافر ، ولأنه يفطر بنية الفطر فيقع الجماع بعد حصول الفطر فأشبه ما لو أكل
ثم جامع ، ومتى أفطر المسافر فله فعل جميع ما ينافي الصوم من الأكل والشرب
والجماع وغيره لأن حرمتها بالصوم فتزول بزواله كما لو زال بمجيء الليل .

(فصل) وليس للمسافر أن يصوم في رمضان عن غيره كالنذر والقضاء لأن
الفطر أبيع رخصة وتخفيفاً عنه ، فإذا لم يرد التخفيف عن نفسه لزمه أن يأتي
بالأصل ، فإن نوى صوماً غير رمضان لم يصح صومه لاعتنا رمضان ولا عما نواه .
هذا الصحيح في المذهب وهو قول أكثر العلماء . وقال أبو حنيفة : يقع ما نواه إذا

كان واجباً ، لأنه زمن أبيح له فطره فكان له صومه عن واجب عليه كغير شهر رمضان .

ولنا : أنه أبيح له الفطر للعذر فلم يحز له أن يصومه عن غير رمضان كالمرضى وبهذا يقتض ما ذكره وينقض أيضاً بصوم التطوع فإنهم سلبوه . قال صالح : قيل لأبي من صام شهر رمضان وهو ينوي به تطوعاً يحزته ؟ قال أو يفعل هذا مسلم (مسألة) قال (ومن أكل أو شرب أو احتجم أو استعط أو أدخل إلى جوفه شيئاً من أى موضع كان أو قبل فأمنى أو أمدى أو كرر النظر فأنزول أى ذلك فعل عامداً وهو ذا كر لصومه فعليه القضاء بلا كفارة إذا كان صوماً واجباً) .

في هذه المسألة فصول (أحدها) أنه يفطر بالآكل والشرب بالإجماع وبدلالة الكتاب والسنة أما الكتاب : فقول الله تعالى (وكأوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام إلى الليل) مد الآكل والشرب إلى تبين الفجر ثم أمر بالصيام عنهما ، وأما السنة : فقول النبي صلى الله عليه وسلم (والذي نفسي بيده لحولف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك يترك طعامه وشرابه وشهوته من أجلي ، وأجمع العلماء على الفطر بالآكل والشرب بما يتقذى به فأما مالا يتقذى به فعامة أهل العلم على أن الفطر يحصل به . وقال الحسن بن صالح : لا يفطر بما ليس بطعام ولا شراب وحكى عن أبي طلحة الأنصاري أنه كان يأكل البرد في الصوم ويقول ليس بطعام ولا شراب ، ولعل من يذهب إلى ذلك يحتج بأن الكتاب والسنة إنما حرما الآكل والشرب فما عداهما يبق على أصل الإباحة .

ولنا دلالة الكتاب والسنة على تحريم الآكل والشرب على العموم فيدخل فيه محل النزاع ولم يثبت عندنا ما نقل عن أبي طلحة فلا يعد خلافاً .

(الفصل الثاني) أن الحجامة يفطر بها الحاجم والمحجوم وبه قال اسحاق وابن المنذر ومحمد بن اسحاق بن خزيمة وهو قول عطاء وعبد الرحمن بن مهدي ، وكان الحسن ومسروق وابن سيرين لا يرون للصائم أن يحتجم ، وكان جماعة من الصحابة يحتجمون ليلاً في الصوم منهم : ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وأنس ورخص

فيها أبو سعيد الخدري وابن مسعود وأم سلمة وحسين بن علي وعروة وسعيد بن جبين وقال مالك والثوري وأبو حنيفة والشافعي يجوز للصائم أن يحتجم ولا يفطر لما روى البخاري عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم . ولأنه دم خارج من البدن أشبه القصد .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « أفطر الحاجم والمحجوم » رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أحد عشر نفساً قال أحمد حديث شداد بن أوس من أصح حديث يروى في هذا الباب وإسناد حديث رافع لإسناد جيد وقال : حديث ثوبان وشداد صحيحان ، وعن علي بن المديني أنه قال أصح شيء في هذا الباب : حديث شداد وثوبان وحديثهم منسوخ بمحدثنا بدليل ما روى ابن عباس أنه قال : احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقاحة بقرن وناب وهو محرم صائم فوجد لذلك ضعفاً شديداً فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتجم الصائم . رواه أبو اسحاق الجوزجاني في المترجم وعن الحكم قال : احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو صائم فضعف ثم كرهت الحجامة للصائم وكان ابن عباس وهو راوي حديثهم يعدل الحجامة والمحجم فإذا غابت الشمس احتجم بالليل كذلك رواه الجوزجاني وهذا يدل على أنه علم نسخ الحديث الذي رواه . ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم فأفطر كما روى عنه عليه السلام أنه قال فأفطر .

فإن قيل ، فقد روى النبي صلى الله عليه وسلم رأى المحجم والمحتجم يقتابان فقال ذلك قلنا لم تثبت صحة هذه الرواية مع أن اللفظ أعم من السبب فيجب العمل بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، على أننا قد ذكرنا الحديث الذي فيه بيان علة النهي عن الحجامة وهي الخوف من الضعف فيبطل التعليل بما سواه أو يكون كل واحد منهما علة مستقلة ، على أن الغيبة لا تفطر الصائم إجماعاً فلا يصح حمل الحديث على ما يخالف الإجماع . قال أحمد : لأن يكون الحديث كما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم « أفطر الحاجم والمحجوم » أحب إلينا من أن يكون من الغيبة لأن من أراد أن يمتنع من الحجامة امتنع وهذا أشد على الناس ، من يسلم من الغيبة ؟

فإن قيل : فإذا كانت علة النهي ضعف الصائم بها فلا يقتضي ذلك الفطر وإنما

يقضي السكراةة ، ومعنى قوله ، أفطر الحاجم المحجوم ، أى قربا من الفطر . قلنا هذا تأويل يحتاج إلى دليل على أنه لا يصح ذلك في حق الحاجم فإنه لا ضيف فيه . (الفصل الثالث) أنه يفطر بكل ما أدخله إلى جوفه أو بجوف في جسده كدماغه وحلقه ونحو ذلك مما ينفذ إلى معدته إذا وصل باختياره وكان مما يمكن التحرز منه سواء وصل من الفم على العادة أو غير العادة كالوجور واللود أو من الأنف كالسعوط أو ما يدخل من الأذن إلى الدماغ أو ما يدخل من العين إلى الحلق كالسكر أو ما يدخل إلى الجوف من الدبر بالحقنة أو ما يصل من مداواة الجائفة إلى جوفه أو من دواء المأمومة إلى دماغه ، فهذا كله بفطرة . لأنه واصل إلى جوفه باختياره فأشبهه الأكل ، وكذلك لو جرح نفسه أو جرحه غيره باختياره فوصل إلى جوفه سواء استقر في جوفه أو عاد فخرج منه ، وبهذا كله قال الشافعي ، وقال مالك لا يفطر بالسعوط إلا أن ينزل إلى حلقه ولا يفطر إذا داوى المأمومة والجائفة واختلف عنه في الحقنة واحتج له بأنه لم يصل إلى الحلق منه شيء أشبه ما لم يصل إلى الدماغ ولا الجوف .

ولنا أنه واصل إلى جوف الصائم باختياره فيفطره كالواصل إلى الحلق ، والدماغ جوف والواصل إليه يغذيه فيفطره كجوف البدن .

(فصل) فأما السكر فوجد طعمه في حلقه أو علم وصوله إليه فطره وإلا لم يفطره نص عليه أحمد وقال ابن أبي موسى ما يجد طعمه كالذرور والصبر والقطر أنظر . وإن اكتحل باليسير من الإثمد غير المطيب كالليل ونحوه لم يفطر . نص عليه أحمد . وقال ابن عقيل : إن كان السكر حاداً فطره وإلا فلا . ونحو ما ذكرناه قال أصحاب مالك . وعن ابن أبي ليلى وابن شبرمة أن السكر يفطر الصائم . وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يفطره لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه اكتحل في رمضان وهو صائم ولأن العين ليست مشقداً فلم يفطر بالداخل منها كما لو دهن رأسه .

ولنا أنه أوصل إلى حلقه ما هو بمنزوع من تناوله بفيه فأفطر به كما لو أوصله من أنفه . وما روه لم يصح قال الترمذي : لم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم في باب

الكحل للصائم شيء . ثم نحمله على أنه اكتحل بما لا يصل . وقولهم : أيسر العين منفذاً لا يصح فإنه يوجد طعمه في الحلق ويكتحل بالإثم فيتنخعه قال أحمد حدثني إنسان أنه اكتحل بالليل فتنخعه بالنهار ، ثم لا يعتبر في الواصل أن يكون من منفذ بدليل ما لو جرح نفسه جافة فإنه يفطر .

(فصل) وما لا يمكن التحرز منه كابتلاع الريق لا يفطره لأن اتقاء ذلك يشق . فأشبهه غبار الطريق وغريلة الدقيق . فإن جمعه ثم ابتلعه قصداً لم يفطره ، لأنه يصل إلى جوفه من معدته أشبه ما إذا لم يجمعه ، وفيه وجه آخر أنه يفطره لأنه أمكنه التحرز منه . أشبه ما لو قصد ابتلاع غبار الطريق . والاول أصح ، فإن الريق لا يفطر إذا لم يجمعه وإن قصد ابتلاعه فكذلك إذا جمعه بخلاف غبار الطريق فإن خرج ريقه إلى ثوبه أو بين أصابعه أو بين شفثيه ثم عاد فابتلعه أو بلغ ريق غيره أفطر ، لأنه ابتلعه من غير فم . فأشبه ما لو بلغ غيره ، فإن قيل : فقد روت عائشة ؓ أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبلها وهو صائم ويمص لسانها رواه أبو داود قلنا قد روى عن أبي داود أنه قال : هذا إسناد ليس بصحيح . ويجوز أنه كان يقبل في الصوم ويمص لسانها في غيره ، ويجوز أن يمصه ، ثم لا يبتلعه ولأنه لم يتحقق انفصال ما على لسانها من البلل إلى فم . فأشبه ما لو ترك حصة مبلولة في فيه أو لو تمضمض بماء ثم بجه ، ولو ترك في فم حصة أو درهما فأخرجه وعليه بلة من الريق ثم أعاده في فيه نظرت فإن كان ما عليه من الريق كثيراً فابتلعه أفطر وإن كان يسيراً لم يفطر بابتلاع ريقه . وقال بعض أصحابنا : يفطر لا بتلاعه ذلك البلل الذي كان على الجسم . ولنا : أنه لا يتحقق انفصال ذلك البلل ودخوله إلى حلقه فلا يفطره كالمضمضة والتسوك بالسواك الرطب والمبول . ويقوى ذلك حديث عائشة في مص لسانها ، ولو أخرج لسانه وعليه بلة ثم عاد فأدخله وابتلع ريقه لم يفطر .

(فصل) وإن ابتلع النخامة ففيها روايتان . إحداهما : يفطر قال حنبل سمعت أبا عبد الله يقول إذا تنخم ثم ازدرده فقد أفطر لأن النخامة من الرأس تنزل والريق من الفم ولو قمنع من جوفه ثم ازدرده أفطر وهذا مذهب الشافعي لأنه أمكن التحرز منها . أشبه الدم ولأنها من غير الفم أشبه التي .

والرواية الثانية ؛ لا يفطر قال في رواية المروزي ليس عليك قضاء إذا ابتلع
النخاعة وأنت صائم لأنه معتاد في الفم غير واصل من خارج أشبه الريق .

(فصل) فإن سال فيه دما أو خرج إليه قلس أو قء فازدرده أفطر وإن كان
يسيراً لأن الفم في حكم الظاهر والأصل حصول الفطر بكل واصل منه لسكن عني
عن الريق لعدم إمكان التحرز منه فما عداه يبق على الأصل وإن ألقاه من فيه وبق
فيه نجساً أو تجمس فيه بشيء من خارج فابتلع ريقه فإن كان معه جزء من المنجس
أفطر بذلك الجزء وإلا فلا .

(فصل) ولا يفطر بالمضمضة بغير خلاف سواء كان في الطهارة أو غيرها وقد
روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أن عمر سأله عن القبلة للصائم ؟ فقال النبي
صلى الله عليه وسلم : أرأيت لو تمضمضت من إناء وأنت صائم ؟ قلت لا بأس ، قال
« فيه » ، (١) ولأن الفم في حكم الظاهر لا يبطل الصوم بالواصل إليه كالأنف والعين
وإن تمضمض أو استنشق في الطهارة فسبق الماء إلى حلقه من غير قصد ولا إسراف
فلا شيء عليه . وبه قال الأوزاعي وإسحاق والشافعي في أحد قولي . وروى ذلك
عن ابن عباس وقال مالك وأبو حنيفة : يفطر . لأنه أوصل الماء إلى جوفه ذاكر
لصومه فأفطر كما لو تعدد شربه .

ولنا : أنه وصل إلى حلقه من غير إسراف ولا قصد فأشبهه ما لو طارت ذبابة
إلى حلقه وبهذا فارق المتعمد ، فأما أن أسرف فزاد على الثلاث أو بالغ في
الاستنشاق فقد فعل مكروهاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم للقيط بن صبرة « وبالغ
في الاستنشاق إلا أن تكون صائماً » حديث صحيح ، ولأنه يتعرض بذلك لإيصال
الماء إلى حلقه فإن وصل إلى حلقه . فقال أحمد : يعجنني أن يعيد الصوم وهل يفطر
بذلك ؟ على وجهين ، أحدهما : يفطر . لأن النبي صلى الله عليه وسلم نبى عن المبالغة

(٢) قوله فيه أصله ما الاستفهامية زيد فيها هاء السكت والمعنى فما الفرق بينهما
والحديث رواه أحمد وأبو داود وسكت عليه والنسائي وقال منكر ولكن صححه
ابن خزيمة وابن حبان والحاكم .

حفظاً للصوم فدل ذلك على أنه يفطر به ، ولأنه وصل بفعل منهى عنه فأشبه التعمد .
والثاني : لا يفطر به . لأنه وصل من غير قصد فأشبه غبار الدقيق إذا نخله فأما
المضمضة لغير الطهارة فإن كانت لحاجة كفعل فيه عند الحاجة إليه ونحوه فحكمه
حكم المضمضة للطهارة ، وإن كان عابثاً أو تمضمض من أجل العطش كره . وسئل
أحمد عن الصائم يعطش فيتمضمض ثم يمججه قال : يرش على صدره أحب إلى
فإن فعل فوصل الماء إلى حلقه أترك الماء في فيه عابثاً أو للتبريد فالحكم فيه كالحكم
في الزائد على الثلاث ، لأنه مكروه ولا بأس أن يصب الماء على رأسه من الحر
والعطش لما روى عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : لقد
رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعرج يصب الماء على رأسه وهو صائم من
العطش أو من الحر رواه أبو داود (١) .

(فصل) ولا بأس أن يغتسل الصائم فإن عاتشه وأم سئلته قالتا . نشهد على
رسول الله صلى الله عليه وسلم إن كان ليصبح جنباً من غير احتلام ثم يغتسل ثم
يصوم . متفق عليه . وروى أبو بكر بإسناده أن ابن عباس دخل الحمام وهو صائم
هو وأصحاب له في شهر رمضان ، فأما القوص في الماء فقال أحمد في الصائم يغتسل
في الماء إذا لم يخف أن يدخل في مسامعه . وكره الحسن والشعبي أن ينغمس في
الماء خوفاً أن يدخل في مسامعه فإن دخل في مسامعه فوصل إلى دماغه من الغسل
المشروع من غير إصراف ولا قصد ، فلا شيء عليه كما لو دخل إلى حلقه من المضمضة
في الوضوء وإن غاص في الماء أو أمصر أو كان عابثاً فحكمه حكم الداخل إلى الحلق
من المبالغة في المضمضة والاستنشاق والزائد على الثلاث والله أعلم .

(فصل) قال إسحاق بن منصور قلت لأحمد : الصائم يعضض العلك قال لا ،
قال أصحابنا العلك ضربان : أحدهما : ما يتحلل منه أجزاء وهو الرديء الذي إذا
مضغه يتحلل فلا يجوز مضغه إلا أن لا يلبس ريقه فإن فعل فزل إلى حلقه منه شيء .
أفطر به كما لو تعمد أكله . والثاني : العلك القوي الذي كلما مضغه صلب وقوى فهذا

يكره مضغه ولا يحرم ، ومن كرهه الشعبي والنخعي ، ومحمد بن علي ، وقتادة والشافعي ، وأصحاب الرأي وذلك لأنه يجلب النعم ويجمع الريق ويورث العطش ورخصت عائشة في مضغه وبه قال عطاء لأنه لا يصل إلى الجوف فهو كاللحصة يضعها في فيه ، ومتى مضغه ولم يجد طعمه في حلقه لم يفطر وإن وجد طعمه في حلقه ففيه وجهان أحدهما : يفطره كالسكر إذا وجد طعمه في حلقه ، والثاني : لا يفطره لأنه لم ينزل منه شيء ومجرد الطعم لا يفطر بدليل أنه قد قيل . من لطخ باطن قدمه بالحنظل وجد طعمه ولا يفطر بخلاف السكر . فإن أجزائه تصل إلى الحلق ويشاهد إذا تنخع قال أحد : من وضع في فيه درهماً أو ديناراً وهو صائم ما لم يجد طعمه في حلقه فلا بأس به وما يجد طعمه فلا يعجنى . وقال عبد الله : سألت أبي عن الصائم يقتل الخيوط قال يعجنى أن يبرز .

(فصل) قال أحمد : أحب إلى أن يحتب ذوق الطعام ، فإن فمل لم يضره ولا بأس به . قال ابن عباس : لا بأس أن يذوق الطعام الحلو والشيء يريد شراؤه ، والحسن كان يمزج الجوز لابن ابنه وهو صائم ورخص فيه إبراهيم . قال ابن عقيل : يكره من غير حاجة ولا بأس به مع الحاجة فإن فمل فوجد طعمه في حلقه أفطر وإلا لم يفطر .

(فصل) قال أحمد لا بأس بالسواك للصائم قال عامر بن ربيعة : رأيت النبي صلى الله عليه وسلم مالا أحصى يتسوك وهو صائم . قال الترمذي هذا حديث حسن . وقال زياد بن حدير : ما رأيت أحداً كان أدام لسواك رطب وهو صائم من عمر ابن الخطاب ، ولكنه يكون عوداً ذواوياً ، ولم ير أهل العلم بالسواك أول النهار بأساً إذا كان العود يابساً . واستحب أحمد وإسحاق : ترك السواك بالعشى . قال أحمد : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، « خلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك الأذفر » ، لتلك الرائحة لا يعجنى للصائم أن يستاك بالعشى . واختلفت الرواية عنه في التسوك بالعود الرطب فرويت عنه الكراهة وهو قول قتادة . والشعبي ، والحكم وإسحاق . ومالك في رواية ، لأنه مفرر بصومه لاحتمال أن يتحلل منه أجزاء إلى حلقه فيفطره ، وروى عنه أنه لا يكره ، وبه قال الثوري . والأوزاعي

وأبو حنيفة ، وروى ذلك عن علي وابن عمر وعروة ومجاهد ، لما روينا من حديث عمر وغيره من الصحابة .

(فصل) ومن أصبح بين أسنانه طعام لم يخل من حالين ، أحدهما : أن يكون يسيراً لا يمكنه لفظه فازدرده فإنه لا يفطر به . لأنه لا يمكن التحرز منه فأشبهه الريق . قال ابن المنذر : أجمع على ذلك أهل العلم ، الثاني : أن يكون كثيراً يمكن لفظه فإن لفظه فلا شيء عليه ، وإن ازدرده عامداً فسد صومه في قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : لا يفطر : لأنه لا بد أن يبقى بين أسنانه شيء مما يأكله فلا يمكن التحرز منه فأشبهه ما يجرى به الريق .

ولنا : أنه بلغ طعاما يمكنه لفظه باختياره ذاكرة لصومه فأفطر به كما لو ابتدأ الأكل ، وبخالف ما يجرى به الريق فإنه لا يمكنه لفظه ، فإن قيل يمكنه أن يصبق قلنا لا يخرج جميع الريق يصبقه ، وإن منع من ابتلاع ريقه كله لم يمكنه .

(فصل) فإن قطر في إحليله دهنًا لم يفطر به سواء وصل إلى المثانة أو لم يصل ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : يفطر . لأنه أوصل الدهن إلى جوف في جسده فأفطر كما لو داوى الجائفة ، ولأن المني يخرج من الذكر فيفطره وما أفطر بالخارج منه جاز أن يفطر بالداخل منه كالغم .

ولنا : أنه ليس بين باطن الذكر والجوف منفذ ، وإنما يخرج البول رشماً فالذي يتركه فيه لا يصل إلى الجوف فلا يفطره كالذي يتركه في فيه ولم يبتلعه .

(الفصل الرابع) إذا قبل فأمنى أو أمذى ولا يخلو المقبل من ثلاثة أحوال ، أحدها : أن لا ينزل فلا يفسد صومه بذلك ، لا نعلم فيه خلافا لما روت عائشة : « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل وهو صائم وكان أملككم لإربه » رواه البخاري ومسلم ، ويروى بتحريك الراء وسكونها ، قال الخطابي : معناها واحد وهو حاجة النفس ووطرها ، وقيل بالتسكين : العضو وبالفتح : الحاجة ، وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : هشت فقبلت وأنا صائم فقلت يا رسول الله : صنعت اليوم أمراً عظيماً قبلت وأنا صائم ، فقال « رأيت لوتعضضت من لئاء وأنت صائم » قلت لا بأس به ، قال « فه » رواه أبو داود ، شبه القبلة

بالمضمضة من خيث إنها من مقدمات الشهوة ، وأن المضمضة إذا لم يكن معها نزول الماء لم يفطر وإن كان معها نزوله أفطر ، إلا أن أحمد ضعف هذا الحديث وقال هذا ربح ليس من هذا شيء .

الحال الثاني . أن يمني فيفطر بغير خلاف نعليه لما ذكرناه من إيماء الخبرين ولأنه إنزال بمباشرة فأشبه الإنزال بالجماع دون الفرج .

الحال الثالث : أن يمدى فيفطر عند إمامنا ومالك وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يفطر . وروى ذلك عن الحسن ، والشعبي ، والأوزاعي ، لأنه خارج لا يوجب الغسل أشبه البول ،

ولنا : أنه خارج تخلله الشهوة خرج بالمباشرة فأفسد الصوم كالمني وفارق البول بهذا واللس لشهوة كالقبلة في هذا . إذا ثبت هذا : فإن المقبل إذا كان ذا شهوة مفطرة بحيث يغلب على ظنه أنه إذا قبل أنزل لم تحمل له القبلة ، لأنها مفسدة لصومه محرمت كالأكل وإن كان ذا شهوة لكنه لا يغلب على ظنه ذلك كره له التقيل ، لأنه يعرض صومه للفطر ولا يأمن عليه الفساد ، وقد روى عن عمر أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم في المنام فأعرض عني فقلت له مالي ؟ فقال : « إنك تقبل وأنت صائم » ولأن العبادة إذا منعت الوطء منعت القبلة بالإجماع ولا تحرم القبلة في هذه الحال لما روى أن رجلا قبل وهو صائم فارسل امرأته فسألت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرها النبي صلى الله عليه وسلم أنه يقبل وهو صائم . فقال الرجل إن رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس مثلتنا قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر فغضب النبي صلى الله عليه وسلم وقال : « إني لأخشاكم لله وأعلمكم بما أتقى » رواه مسلم بمعناه ، ولأن إفضاءه إلى إفساد الصوم مشكوك فيه ولا يثبت التحريم بالشك ، فأما إن كان ممن لا تحرك القبلة شهوته كالشيخ المهم ففيه روايتان ، إحداهما لا يكره له ذلك ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي . لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل وهو صائم لما كان مالكا لإربه وغير ذى الشهوة في معناه .

وقد روى أبو هريرة أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن المباشرة

للصائم فرخص له فأتاه آخر فسأله فنهاه فإذا الذي رخص له شيخ وإذا الذي نهاه شاب أخرجه أبو داود ، ولأنها مباشرة لغير شهوة فأشبهت لمس اليد للحاجة .

والثانية : يكره لأنه لا يأمن حدوث الشهوة ، ولأن الصوم عبادة تمنع الوطء فاستوى في القبلة فيها من تعرك شهوته وغيره كالإحرام ، فأما اللبس لغير شهوة . كلمس يدها ليعرف مرضها فليس بمكروه بحال ، لأن ذلك لا يكره في الإحرام فلا يكره في الصيام كلمس ثوبها .

(فصل) ولو استمنى بيده فقد فعل محرماً ولا يفسد صومه به إلا أن ينزل فإن أنزل فسد صومه ، لأنه في معنى القبلة في إثارة الشهوة . فأما إن أنزل لغير شهوة كالذي يخرج منه المني أو المذي لمريض فلا شيء عليه . لأنه خارج لغير شهوة أشبه البول ، ولأنه يخرج عن غير اختيار منه ولا تسبب إليه فأشبه الاحتلام ولو احتلم لم يفسد صومه ، لأنه عن غير الاختيار منه فأشبه ما لو دخل حلقه شيء وهو قائم ولو جامع في الليل فأنزل بعد ما أصبح لم يفطر ، لأنه لم يتسبب إليه في النهار فأشبه ما لو أكل شيئاً في الليل فذره القه في النهار .

(الفصل الخامس) إذا كرر النظر فأنزل ، وتكرار النظر أيضاً ثلاثة أحوال ، أحدها : أن لا يقترب به لإنزال فلا يفسد الصوم بغير اختلاف . الثاني : أن يقترب به لإنزال المني فيفسد الصوم في قول إمامنا ، وعطاء ، والحسن البصري ، ومالك ، والحسن بن صالح ، وقال جابر بن زيد ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وابن المنذر : لا يفسد لأنه إنزال عن غير مباشرة أشبه الإنزال بالفكر .

ولنا : أنه إنزال بفعل يتلذذ به ويمكن التحرز منه فأفسد الصوم كالإنزال باللس ، والفكر لا يمكن التحرز منه بخلاف تكرار النظر . الثالث : مذى بتكرار النظر . فظاهر كلام أحد : أنه لا يفطر به . لأنه لا نص في الفطر به ولا يمكن قياسه على إنزال المني لمخالفته إياه في الأحكام فيبقى على الأصل فأما إن نظر فصرف بصره لم يفسد صومه سواء أنزل أو لم ينزل . وقال مالك : إن أنزل فسد صومه ، لأنه أنزل بالنظر أشبه ما لو كرهه .

ولنا : أن النظرة الأولى لا يمكن التحرز منها فلا يفسد الصوم ما أفضت إليه

كالفكرة ، وعليه يخرج التكرار ، فإذا ثبت هذا : فإن تكرار النظر مكروه لمن يحرك شهوته ، غير مكروه لمن لا يحرك شهوته كالقبلة ، ويحتمل أن لا يكره بحال لأن إفضاءه إلى الإنزال المفطر بعيد جداً بخلاف القبلة فإن حصول المذى بها ليس بعيد .

(فصل) فإن فكر فأنزل لم يفسد صومه ، وحكى عن أبي حفص البرمكي أنه يفسد ، واختاره ابن عقيل ، لأن الفكرة تستحضر فتدخل تحت الاختيار بدليل تأييم صاحبها إذا كانت في بدعة وكفر ، ومدح الله سبحانه الذين يتفكرون في خلق السموات والأرض ، ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن التفكر في ذات الله ، وأمر بالتفكر في الآية ، ولو كانت غير مقدور عليها لم يتعلق ذلك بها كالاحتلام ، فأما إن خطر بقلبه صورة الفعل فأنزل لم يفسد صومه ، لأن الخاطر لا يمكن دفعه . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « عني لآمتي عن الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم » ، ولأنه لا نص في الفطر به ولا لإجماع ، ولا يمكن قياسه على المباشرة ولا تكرار النظر ، لأنه درهما في استدعاء الشهوة وإفضاءه إلى الإنزال وبخالفهما في التحريم إذا تعلق ذلك بأجنبية أو الكراهة إن كان في زوجة فيبقى على الأصل .

(الفصل السادس) أن المفسد للصوم من هذا كله ما كان عن عمد وقصد . فأما ما حصل منه عن غير قصد كالغبار الذي يدخل حلقه من الطريق ونخل الدقيق ، والذبابة التي تدخل حلقه أو يرش عليه الماء فيدخل مسامحه أو أنفه أو حلقه أو ياق في ماء فيصل إلى جوفه أو يسبق إلى حلقه من ماء المضمضة أو يصب في حلقه أو أنفه شيء كرها أو تداوى أو مومته أو جاقفته بغير اختياره أو يحجم كرها أو قبله امرأة بغير اختياره فينزل أو ما أشبه هذا فلا يفسد صومه لا نعلم فيه خلافا . لأنه لا فعل له فلا يفطر كالاحتلام ، وأما إن أكره على شيء من ذلك بالوعيد ففعله فقال ابن عقيل : قال أصحابنا لا يفطر به أيضاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم « عني لآمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » قال ويحتمل عندي أن يفطر ، لأنه فعل المفطر لدفع الضرر عن نفسه فأشبهه المريض يفطر لدفع المرض ومن

يشرب لدفع العطش ويفارق الملجأ ، لأنه خرج بذلك عن حيز الفعل ، ولذلك لا يضاف إليه ولذلك افتراقاً فيما لو أكره على قتل آدنى وألقى عليه .

(الفصل السابع) أنه متى أفطر بشيء من ذلك فعليه القضاء لا نعلم في ذلك خلافاً . لأن الصوم كان ثابتاً في الذمة فلا تبرأ منه إلا بأدائه ولم يؤده فبقى على ما كان عليه ولا كفارة في شيء مما ذكرناه في ظاهر المذهب . وهو قول سعيد بن جبير ، والنخعي ، وابن سيرين ، وحماد ، والشافعي ، وعن أحمد أن الكفارة تجب على من أنزل بلس أو قبله أو تكرر نظر لأنه إنزال عن مباشرة أشبه الإنزال بالجماع وعنه في المحتجم إن كان عالماً بالنهاي فعليه الكفارة . وقال عطاء . وفي المحتجم عليه الكفارة . وقال مالك : تجب الكفارة بكل ما كان متسكاً للصوم إلا الردة . لأنه إفطار في رمضان أشبه بالجماع . وحكى عن عطاء ، والحسن ، والزهرى ، والثوري ، والأوزاعي ، وإسحاق : أن الفطر بالأكل والشرب يوجب ما يوجب به الجماع ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه اعتبر ما يتغذى به أو يتداوى به فلو ابتلع حصاة أو نواة أو فسقة بقشرها فلا كفارة عليه ، واحتجوا بأنه أفطر بأعلى ما في الباب من جنسه فوجب عليه الكفارة كالجماع .

ولنا : أنه أفطر بنير جماع فلم توجب الكفارة كبلع الحصاة أو التراب أو كالردة عند مالك ، ولأنه لا نص في إيجاب الكفارة بهذا ولا لجماع ، ولا يصح قياسه على الجماع ، لأن الحاجة إلى الزجر عنه أمس والحكم في التعمد به أكدر ، ولهذا يجب به الحسد إذا كان محرماً ويختص بإفساد الحج دون سائر محظوراته ووجوب البدنة ، ولأنه في الغالب يفسد صوم اثنين بخلاف غيره .

(فصل) والواجب في القضاء عن كل يوم يوم في قول عامة الفقهاء . وقال أحمد : قال إبراهيم ووكيع يصوم ثلاثة آلاف يوم ، وعجب أحمد من قولهما . وقال سعيد بن المسيب : من أفطر يوماً متعمداً يصوم شهراً . وحكى عن ربيعة أنه قال يجب مكان كل يوم اثنا عشر يوماً . لأن رمضان يحزى عن جميع السنة ، وهي اثنا عشر شهراً .

ولنا : قول الله تعالى (فعدة من أيام أخر) وقال النبي صلى الله عليه وسلم في

قصة المجامع « صم يوماً مكانه ، رواه أبو داود ، ولأن القضاء يكون على حسب الاداء بدليل سائر العبادات ، ولأن القضاء لا يختلف بالعدو وعدمه بدليل الصلاة والحج وما ذكره تحكم لا دليل عليه . والتقدير : لا يصار إليه إلا بنص أو إجماع . وليس معهم واحد منهما . وقول ربيعة : يبطل بالمعدور . وذكر لأحمد حديث أبي هريرة « من أفطر يوماً من رمضان متعمداً لم يقضه ولو صام الدهر ، فقال ليس يصح هذا الحديث .

« مسألة ، قال (وإن فعل ذلك ناسياً فهو على صومه ولا قضاء عليه) .

وجملته : أن جميع ما ذكره الحرقى في هذه المسألة لا يفطر الصائم بفعله ناسياً وروى عن علي رضي الله عنه : لا شيء على من أكل ناسياً وهو قول أبي هريرة وابن عمر وعطاء وطاوس وابن أبي ذئب والأوزاعي والثوري والشافعي وأبي حنيفة وإسحاق . وقال ربيعة ، ومالك : يفطر لأن ما لا يصح الصوم مع شيء من جنسه عمداً لا يجوز مع سهوه كالجماع وترك النية .

ولنا : ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أكل أحدكم أو شرب ناسياً فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه ، متفق عليه وفي لفظ « من أكل أو شرب ناسياً فلا يفطر فإنما هو رزق رزقه الله ، ولأنها عبادة ذات تحليل وتحريم فكان في محظوراتها ما يختلف عمده وسهوه كالصلاة والحج وأما النية : فليس تركها فعلاً ، ولأنها شرط والشروط لا تسقط بالسهو بخلاف المبطلات والجماع حكاه أغلظ ويمكن التمسك عنه .

(فصل) فإن فعل شيئاً من ذلك ، وهو نائم لم يفسد صومه ، لأنه لا قصد له ولا علم بالصوم فهو أعذر من النامي وذكر أبو الخطاب أن من فعل من هذا شيئاً جاهلاً بتحريمه لم يفطر ولم أره عن غيره .

وقول النبي صلى الله عليه وسلم « أفطر الحاجم والمحجوم » في حق الرجائين اللذين رأهما يحجم أحدهما صاحبه مع جهلهاما بتحريمه يدل على أن الجهل لا يعذر به ، ولأنه نوع جهل فلم يمنع الفطر كالجهل بالوقت في حق من يأكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع ،

« مسألة ، قال (ومن استقاء فعليه القضاء ومن ذرعه القى فلا شيء عليه) .

معنى استقاء : تقياً مستديماً للقى ، وذرعه خروج من غير اختيار منه فمن استقاء فعليه القضاء . لأن صومه يفسد به ، ومن ذرعه فلا شيء عليه وهذا قول عامة أهل العلم . قال الخطابي : لا أعلم بين أهل العلم فيه اختلافاً . وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إبطال صوم من استقاء عامداً . وحكى عن ابن مسعود ، وابن عباس : أن القى لا يفطر . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث لا يفطرن الصائم : الحجامة ، والقى ، والاحتلام » ، ولأن الفطر بما يدخل لا بما يخرج .

ولنا : ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من ذرعه القى فليس عليه قضاء ومن استقاء عامداً فليقض » ، قال الترمذى هذا حديث حسن غريب ورواه أبو داود (١) وحديثهم غير محفوظ يرويه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف في الحديث قاله الترمذى ، والمعنى الذى ذكر لم يطل بالحیض والمنى .

(فصل) وقليل القى وكثيره سواء في ظاهر قول الخرقى وهو إحدى الروايات عن أحمد . والرواية الثانية لا يفطر إلا بجملة الفم : لأنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ولكن دسعة تملأ الفم » ، ولأن اليسير لا ينقض الوضوء فلا يفطر كالبلغم (والثالثة) نصف الفم لأنه ينقض الوضوء فأفطر به كالكثير والاولى أولى لظاهر الحديث الذى رويناه ، ولأن سائر المفطرات لا فرق بين قليلها وكثيرها وحديث الرواية الثانية لا نعرف له أصلاً . ولا فرق بين كون القى طعاماً أو مراراً ، أو بلغم أو دماً أو غيره ، لأن الجميع داخل تحت عموم الحديث والمعنى والله تعالى أعلم بالصواب .

(١) أنكر أحمد والبخارى وأبو داود هذا الحديث أى جزموا بأنه غير محفوظ وقال النسائى : وقفه عطاء على أبي هريرة ، ولكن صححه الحاكم على شرط الشيخين .

« مسألة » قال (ومن ارتد عن الإسلام فقد أفطر) .

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن من ارتد عن الإسلام في أثناء الصوم أنه يفسد صومه ، وعليه قضاء ذلك اليوم إذا عاد إلى الإسلام . سواء أسلم في أثناء اليوم أو بعد انقضائه وسواء كانت ردة باعتقاده ما يكفر به أو شكك فيها يكفر بالشك فيه أو بالنطق بكلمة الكفر مستهزئاً أو غير مستهزئ . قال الله تعالى (ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب ، قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزئون * لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم) وذلك لأن الصوم عبادة من شرطها النية فأبطلتها الردة كالصلاة والحج ، ولأنه عبادة محضة فنافاها الكفر كالصلاة .

« مسألة » قال (ومن نوى الإفطار فقد أفطر) .

هذا الظاهر من المذهب وهو قول الشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي إلا أن أصحاب الرأي قالوا إن عاد فنوى قبل أن يقتصف النهار أجزأه بناء على أصلهم إن الصوم يجرى بنية من النهار . وحكى عن ابن حامد أن الصوم لا يفسد بذلك لأنها عبادة يلزم المضى في فاسدها فلم تفسد بنية الخروج منها كالحج .

ولنا : أنها عبادة من شرطها النية ففسدت بنية الخروج منها كالصلاة ولأن الأصل اعتبار النية في جميع أجزاء العبادة وليكن لما شق اعتبار حقيقتها اعتبر بقاء حكمها وهو أن لا ينوى قطعها فإذا نواه زالت حقيقة وحكما ففسد الصوم لزوال شرطه ، وما ذكره ابن حامد لا يطرد في غير رمضان ، ولا يصح القياس على الحج فإنه يصح بالنية المطلقة والمهمة وبالنية عن غيره إذا لم يكن حج عن نفسه فافترقا .

(فصل) فأما صوم النافلة . فإن نوى الفطر ثم لم ينو الصوم بعد ذلك لم يصح صومه ، لأن النية انقطعت ، ولم توجد نية غيرها . فأشبهه من لم ينو أصلاً ولأن عاد فنوى الصوم صح صومه كما لو أصبح غير نافر للصوم . لأن نية الفطر إنما أبطلت الفرض لما فيه من قطع النية المشتركة في جميع النهار حكماً وخلو بعض أجزاء النهار عنها ، والنفل مخالف للفرض في ذلك فلم تمنع صحته نية الفطر في زمن لا يشترط وجود نية الصوم فيه ، ولأن نية الفطر لا تريد على عدم النية في ذلك الوقت وعدمها لا يمنع

صحّة الصوم إذا نوى بعد ذلك ، فكذلك إذا نوى الفطر ثم نوى الصوم بعده بخلاف الواجب ، فإنه لا يصح بنية من النهار وقد روى عن أحمد أنه قال : إذا أصبح صائماً ثم عزم على الفطر فلم يفطر حتى بدا له ثم قال لا يل أتم صومى من الواجب لم يجزئه حتى يكون عازماً على صوم يومه كله ، ولو كان تطوعاً كان أسهل ، وظاهر هذا : موافق لما ذكرناه ، وقد دل على صحته أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسأل أهله : هل من غداء ؟ ، فإن قالوا لا قال : إني إذا صائم ، .

(فصل) وإن نوى أنه سيفطر ساعة أخرى . فقال ابن عقيل : هو كنية الفطر في وقته وإن تردد في الفطر فعلى وجهين كما ذكرنا في الصلاة وإن نوى أنقى إن وجدت طعاماً أفطرت وإن لم أجد أتممت صومى خرج فيه وجهان أحدهما : يفطر لأنه لم يبق جازماً بنية الصوم وكذلك لا يصح ابتداء النية بمثل هذا ، والثاني : لا يفطر . لأنه لم ينو الفطر بنية صحيحة ، فإن النية لا يصح تعليقها على شرط ، ولذلك لا ينعقد الصوم بمثل هذه النية .

« مسألة » قال (ومن جامع في الفرج فأنزّل أو لم ينزل أو دون الفرج فأنزّل عامداً أو ساهياً فعليه القضاء والكفارة إذا كان في شهر رمضان) .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن من جامع في الفرج فأنزّل أو لم ينزل أو دون الفرج فأنزّل أنه يفسد صومه إذا كان عامداً وقد دلت الاخبار الصحيحة على ذلك وهذه المسألة فيها مسائل أربع ، إحداها : أن من أفسد صوماً واجباً بجماع فعليه القضاء سواء كان في رمضان أو غيره وهذا قول أكثر الفقهاء . وقال الشافعي في أحد قوليّه : من لزمته الكفارة لأقضاء عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر الأعرابي بالقضاء . وحكى عن الأوزاعي أنه قال : إن كفر بالصيام فلا قضاء عليه لأنه صام شهرين متتابعين .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للجامع « وصم يوماً مكانه » ، رواه أبو داود بإسناده وابن ماجه والاثرم ، ولأنه أفسد يوماً من رمضان فلزمه قضاؤه كما لو أفسده بالأكّل أو أفسد صومه الواجب بالإجماع فلزمه قضاؤه كغير رمضان .

(المسألة الثانية) أن الكفارة تلزم من جامع في الفرج في رمضان عامداً أنزل أولم ينزل في قول عامة أهل العلم . وحكى عن الشعبي ، والنخعي ، وسعيد بن جبير : لا كفارة عليه . لأن الصوم عبادة لا تجب الكفارة بإفساد قضائها فلا تجب في أدائها كالصلاة .

ولنا : ما روى الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال : بينما نحن جلوس عند النبي صلى الله عليه وسلم إذ جاءه رجل فقال يا رسول الله هلكت . قال : مالك ؟ قال وقعت على امرأتى وأنا صائم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل تجدد رقبة تعتقها ؟ قال لا قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال لا قال : فهل تجدد لإطعام ستين مسكينا ؟ قال لا . قال فكك النبي صلى الله عليه وسلم فبينما نحن على ذلك أتى النبي صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر — والعرق المسكتل — فقال : أين السائل ؟ فقال أنا . قال : خذ هذا فتصدق به . فقال الرجل : على أفقر مني يا رسول الله ؟ فواقه ما بين لابتيها أهل بيت أفقر من أهل بيتي ، فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابه ثم قال : أطعمه أهلك ، متفق عليه . ولا يجوز اعتبار الأداء في ذلك بالقضاء ، لأن الأداء يتعلق بزمان مخصوص يتعين به ، والقضاء محلله الدمة ، والصلاة لا يدخل في جبرانها المال بخلاف . سألتنا

(المسألة الثالثة) أن الجماع دون الفرج إذا اقترن به الإنزال فيه عن أحد روايتان . إحداهما : عليه الكفارة وهذا قول مالك ، وعطاء ، والحسن ، وابن المبارك ، واسحق : لأنه فطر بجماع فأوجب الكفارة كالجماع في الفرج ، والثانية : لا كفارة فيه ، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة . لأنه فطر بغير جماع تام فأشبهه القبلة ، ولأن الأصل عدم وجوب الكفارة ولا نص في وجوبها ولا إجماع ولا قياس ولا يصح القياس على الجماع في الفرج ، لأنه أبلغ بدليل أنه يوجبها من غير إنزال ويجب به الحلد إذا كان محرماً ويتعلق به اثنا عشر حكماً ، ولأن العلة في الأصل الجماع بدون الإنزال والجماع ههنا غير موجب فلم يصح اعتباره به

(المسألة الرابعة) أنه إذا جامع ناسياً . فظاهر المذهب أنه كالعامد نص عليه

أحمد ، وهو قول عطاء ، وابن الماجشون . وروى أبو داود عن أحمد أنه توقف عن الجواب وقال : أجب أن أقول فيه شيئاً ، وأن أقول ليس عليه شيء ، قال سمعته غير مرة لا ينفذ له فيه قول . ونقل أحمد بن القاسم عنه : كل أمر غلب عليه الصائم ليس عليه قضاء ولا غيره ، قال أبو الخطاب ؛ هذا يدل على إسقاط القضاء والكفارة مع الإكراه والنسيان . وهو قول الحسن ، ومجاهد والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لأنه معنى حرمة الصوم فإذا وجد منه مكرهاً أو ناسياً لم يفسده كالأكل ، وكان مالك والأوزاعي والليث يوجبون القضاء دون الكفارة . لأن الكفارة لرفع الإثم وهو محطوط عن الناسي

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الذي قال وقعت على امرأتى بالكفارة ولم يسأله عن العمد ولو افترق الحال لسأل واستفصل ولأنه يجب التعليل بما تناوله لفظ السائل ، وهو الوقوع على المرأة في الصوم ، ولأن السؤال كالمعاد في الجواب فكان النبي صلى الله عليه وسلم قال : من وقع على أهله في رمضان فليعتق رقبة . فإن قيل ففي الحديث ما يدل على العمد وهو قوله : هلكت . وروى احتزقت . قلنا : يجوز أن يخبر عن هلكت لما يستفده في الجماع مع النسيان من إفساد الصوم وخوفه من غير ذلك ، ولأن الصوم عبادة تحرم الوطء ، فاستوى فيها عمدته وسهوه كاللحج : ولأن إفساد الصوم ووجوب الكفارة حكمان يتعلقان بالجماع ، لا تسقطها التشبه . فاستوى فيها العمد والسهو ، كسائر أحكامه

(فصل) ولا فرق بين كون الفرج قبل أو دبراً ، من ذكر أو أنثى . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، في أشهر الروايتين عنه : لا كفارة في الوطء في الدبر . لأنه لا يحصل به الإحلال ولا الإحصان . فلا يوجب الكفارة ، كالوطء دون الفرج .

ولنا : أنه أفسد صوم رمضان بجماع في الفرج . فأوجب الكفارة كالوطء ، وأما الوطء دون الفرج فلنا فيه منع : وإن سلمنا . فلأن الجماع دون الفرج لا يفسد الصوم بمجردة ، بخلاف الوطء في الدبر

(فصل) فأما الوطء في فرج البهيمة ، فذكر القاضي : أنه موجب للكفارة .

لأنه وطء في فرج موجب للغسل مفسد للصوم . فأشبهه وطء الآدمية ، وفيه وجه آخر : لا تنجب به الكفارة . وذكره أبو الخطاب : لأنه لا نص فيه ، ولا هو في معنى المنصوص عليه . فإنه مخالف لوطء الآدمية في إيجاب الحد على إحدى الروایتين ، وفي كثير من أحكامه ، ولا فرق بين كون الموطوءة زوجة أو أجنبية أو كبيرة أو صغيرة . لأنه إذا وجب بوطء الزوجة فبوطء الأجنبية أولى .

(فصل) ويفسد صوم المرأة بالجماع بغير خلاف نعله في المذهب . لأنه نوع من المفطرات فاستوى فيه الرجل والمرأة ، كالأكل . وهل يلزمها الكفارة ؟ على روايتين . إحداهما : يلزمها . وهو اختيار أبي بكر وقول مالك ، وأبي حنيفة ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، ولأنها هتكت صوم رمضان بالجماع ، فوجب عليها الكفارة كالرجل . والثانية : لا كفارة عليها . قال أبو داود : سئل أحمد عن أنى أهله في رمضان ، أعلينا كفارة ؟ قال : ما سمعنا أن على امرأة كفارة . وهذا قول الحسن . وللشافعي قولان كالروایتين .

وجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم « أمر الواطئ في رمضان أن يعتق رقبة » ولم يأمر في المرأة بشيء مع علمه بوجود ذلك منها . ولأنه حق مال يتعلق بالوطء من بين جنسه ، فكان على الرجل كالمهر .

(فصل) وإن أكرهت المرأة على الجماع . فلا كفارة عليها رواية واحدة . وعليها القضاء . قال منها . سألت أحمد عن امرأة غصبها رجل نفسها لجامعها ، أعلينا القضاء ؟ قال : نعم . قلت : وعليها كفارة ؟ قال : لا . وهذا قول الحسن . ونحو ذلك قول الثوري ، والأوزاعي ، وأصحاب الرأي . وعلى قياس ذلك : إذا وطئها نائمة ، وقال مالك في النائمة : عليها القضاء بلا كفارة ، والمنكرهه عليها القضاء والكفارة . وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر : إن كان الإكراه بوعيد حتى فعلت ، فكقولنا ، وإن كان لإلجام لم تفطر . وكذلك إن وطئها وهي نائمة . ويخرج من قول أحمد في رواية ابن القاسم : كل أمر غلب عليه الصائم ليس عليه قضاء ولا غيره . أنه لا قضاء عليها إذا كانت مبلجة أو نائمة . لأنها لم يوجد منها فعل

فلم تفتقر ، كما لو صب في حلقها ماء بنهر اختيارها ، ووجه الأول : أنه جماع في الفرج فأفسد الصوم ، كما لو أكرهت بالوغيذ ، ولأن الصوم عبادة يفسدها الوطء ، ففسدت به على كل حال ، كالصلاة والحج ، ويفارق الأكل . فإنه يصذر فيه بالنسيان بخلاف الجماع .

(فصل) فإن تساحت امرأتان فلم ينزلا . فلا شيء عليهما . وإن أنزلتا فسد صومهما ، وهل يكون حكمهما حكم المجامع دون الفرج إذا أنزل . أو لا يلزمهما كفارة بحال ؟ فيه وجهان مبنيان على أن الجماع من المرأة هل يوجب الكفارة ؟ على روايتين . وأصح الوجهين . أنهما لا كفارة عليهما . لأن ذلك ليس بمنصوص عليه ، ولا في معنى المنصوص عليه . فيبقى على الأصل ، وإن ساقى المحبوب فأنزل . لحكمه حكم من جامع دون الفرج فأنزل .

(فصل) وإن جامع المرأة ناسية للصوم . فقال أبو الخطاب : حكم النسيان حكم الإكراه لا كفارة عليها فيها ، وعليها القضاء ، لأن الجماع يحصل به الفطر في حق الرجل مع النسيان . فكذلك في حق المرأة . ويحتمل أن لا يلزمها القضاء . لأنه مفسد لا يوجب الكفارة . فأشبهه الأكل .

(فصل) وإن أكره الرجل على الجماع فسد صومه . لأنه إذا فسد صوم المرأة فصوم الرجل أولى ، وأما الكفارة . فقال القاضي : عليه الكفارة ، لأن الإكراه على الوطء لا يمكن ، لأنه لا يطأ حتى ينتشر ، ولا ينتشر إلا عن شهوة . فكان كفره المكروه . وقال أبو الخطاب : فيه روايتان ، إحداهما : لا كفارة عليه ، وهو مذهب الشافعي ، لأن الكفارة إما أن تكون عقوبة أو ماحية للذنب ، ولا حاجة إليهما مع الإكراه ، لعدم الإثم فيه ، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم . عني لآمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولأن الشرع لم يرد بوجوب الكفارة فيه . ولا يصح قياسه على ما ورد الشرع فيه ، لاختلافهما في وجود العذر وعدمه ، فأما إن كان نائماً ، مثل إن كان عضوه منتشراً في حال نومه فاستدخلته امرأته . فقال ابن عقيل : لا قضاء عليه ولا كفارة . وكذلك إن كان إجماعاً ، مثل إن غلبته في حال يقظته على نفسه . وهذا مذهب الشافعي ، لأنه معنى (٨ - المغني - ج ٣)

حرمه الصوم حصل بغير اختياره فلم يفطر به ، كما لو أطارت الريح إلى حلقه ذبابة . وظاهر كلام أحمد : أن عليه القضاء . لأنه قال في المرأة إذا غصبها رجل نفسها بجماعها : عليها القضاء . فالرجل أولى ، ولأن الصوم عبادة يفسدها الجماع ، فاستوى في ذلك حالة الاختيار والإكراه كاللحج . ولا يصح قياس الجماع على غيره في عدم الإفساد ، لتأكده بإيجاب الكفارة وإفساده للحج من بين سائر محظوراته ، وإيجاب الحد به إذا كان زناً .

(فصل) ولا تجب الكفارة بالفطر في غير رمضان في قول أهل العلم وجهور الفقهاء . وقال قتادة : تجب على من وطئ في قضاء رمضان . لأنه عبادة تجب الكفارة في أدائها . فوجبت في قضائها ؛ كاللحج .

ولنا : أنه جامع في غير رمضان فلم تلزمه كفارة . كما لو جامع في صيام الكفارة . ويفارق القضاء الأداء ؛ لأنه متعين بزمان محترم . فالجماع فيه هناك له بخلاف القضاء .

(ففصل) وإذا جامع في أول النهار ، ثم مرض أو جن ، أو كانت امرأة خاضت أو نفست في أثناء النهار لم تسقط الكفارة . وبه قال مالك والليث وابن الماجشون وإسحق ، وقال أصحاب الرأي : لا كفارة عليهم : وللشافعي قولان كاللذهبيين ، واحتجوا بأن صوم هذا اليوم خرج عن كونه مستحقاً . فلم يجب بالوطء فيه كفارة ، كصوم المسافر ، أو كما لو قامت البيئة ، أنه من شوال .

ولنا : أنه معنى طراً بعد وجوب الكفارة فلم يسقطها كالسفر . ولأنه أفسد صوماً واجباً في رمضان بجماع تام ، فاستقرت الكفارة عليه ، كما لو لم يطرأ عذر ، والوطء في صوم المسافر ممنوع ، وإن سلم فالوطء ثم لم يوجب أصلاً . لأنه وطء مباح في سفر أبيح الفطر فيه . بخلاف مسألتنا . وكذا إذا تبين أنه من شوال . فإن الوطء غير موجب ، لأننا تبيننا أن الوطء لم يصادف رمضان والموجب إنما هو الوطء المفسد لصوم رمضان .

(فصل) إذا طلع الفجر وهو مجامع فاستدام الجماع . فعليه القضاء والكفارة . وبه قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : يجب القضاء دون الكفارة . لأن وطأه لم يصادف صوماً صحيحاً . فلم يوجب الكفارة ، كما لو ترك النية وجامع .

ولنا : أنه ترك صوم رمضان بجماع أثم به لحرمة الصوم ، فوجب به الكفارة كما لو وطئ بعد طلوع الفجر . وعكسه إذا لم ينو فإنه يتركه لترك النية لا الجماع ولنا فيه منع أيضاً .

وأما إن نزع في الحال مع أول ظلوع الفجر ، فقال ابن حامد والقاضي : عليه الكفارة أيضاً ، لأن النزع جماع يلتذ به ؛ فتعلق به ما يتعلق بالاستدامة كالإيلاج : وقال أبو حفص : لا قضاء عليه ولا كفارة . وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، لأنه ترك للجماع ، فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع ، كما لو حلف لا يدخل داراً وهو فيها يخرج منها كذلك هنا . وقال مالك : يبطل صومه ولا كفارة عليه . لأنه لا يقدر على أكثر مما فعله في ترك الجماع . فأشبهه المكروه ، وهذه المسألة تقرب من الاستحالة إذ لا يكاد يعلم أول طلوع الفجر على وجه يتعقبه النزع من غير أن يكون قبله شيء من الجماع . فلا حاجة إلى فرضها والكلام فيها .

(فصل) ومن جامع يظن أن الفجر لم يطلع فتبين أنه كان قد طلع . فعليه القضاء والكفارة . وقال أصحاب الشافعي : لا كفارة عليه ولو علم في أثناء الوطء فاستدام . فلا كفارة عليه أيضاً ، لأنه إذا لم يعلم لم يأتهم . فلا يجب به كفارة ، كوطء الناسي . وإن علم فاستدام فقد حصل الوطء الذي يأتهم به في غير صوم .

ولنا : حديث المجمع إذ أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالتكفير من غير تفريق ولا تفصيل . ولأنه أفسد صوم رمضان بجماع تام ، فوجب عليه الكفارة ، كما لو علم . ووطء الناسي ممنوع . ثم لا يحصل به الفطر على الرواية الأخرى ، بخلاف مسألتنا .

• مسألة ، قال (والكفارة عتق رقبة . فإن لم يمكنه فصيام شهرين متتابعين . فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً) .

المشهور من مذهب أبي عبد الله : أن كفارة الوطء في رمضان ككفارة الفلهاز في الترتيب ، يلزمه العتق إن أمكنه . فإن عجز عنه انتقل إلى الصيام . فإن عجز انتقل إلى إطعام ستين مسكيناً . وهذا قول جمهور العلماء . وبه يقول الثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحد رواية أخرى : أنها على التخيير

بين العتق والصيام والإطعام ، وبأيها كفر أجزاء . وهو رواية عن مالك . لما روى مالك وابن جريج عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة ، أن رجلاً أفطر في رمضان ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكفر بعتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكيناً ، رواه مسلم . و « أو » حرف تخيير . ولأنها تجب بالمخالفة . فكانت على التخيير ككفارة اليمين ، وروى عن مالك أنه قال : الذي نأخذ به في الذي يصيب أهله في شهر رمضان : إطعام ستين مسكيناً أو صيام ذلك اليوم . وليس التحرير والصيام من كفارة رمضان في شيء . وهذا القول ليس بشيء ، لمخالفته الحديث الصحيح ، مع أنه ليس له أصل يعتمد عليه ، ولا شيء يستند إليه . وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبع .

وأما الدليل على وجوب الترتيب فالحديث الصحيح . رواه معمر ويونس والأوزاعي والليث وموسى بن عقبة وعبيد الله بن عمر وعراك بن مالك وإسماعيل ابن أمية ومحمد بن أبي عتيق وغيرهم عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للواقع على أهله « هل تجد رقبة تصفها ؟ قال : لا . قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا . قال : فهل تجد إطعام ستين مسكيناً ؟ قال : لا ، وذكر سائر الحديث : وهذا لفظ الترتيب : والآن هذا أولى من رواية مالك . لأن أصحاب الزهري انفقوا على روايته هكذا سوى مالك وابن جريج فيما علمنا . واحتمال الغلط فيهما أكثر من احتمالهما في سائر أحبابه . ولأن الترتيب زيادة . والآنخذ بالزيادة متمين ، ولأن حديثنا لفظ النبي صلى الله عليه وسلم ، وحديثهم لفظ الراوي ، ويحتمل أنه رواه « بأو » ، لا اعتقاده أن معنى اللفظين سواء : ولأنها كفارة فيها صوم شهرين متتابعين فكانت على الترتيب ككفارة الظهار والقتل .

(فصل) فإذا عدم الرقبة افتقل إلى صيام شهرين متتابعين . ولا نعلم خلافاً في دخول الصيام في كفارة الوطء إلا شذوذ لا يعرج عليه لمخالفة السنة الثابتة . ولا خلاف بين من أوجب أنه شهران متتابعان ، للخبر أيضاً . فإن لم يشرع في الصيام بحق وجد الرقبة لومه العتق . لأن النبي صلى الله عليه وسلم سأل المواقع عما يقدر عليه حين أخبره بالعتق ، ولم يسأله عما كان يقدر عليه حال الواقعة . وهي

حالة الوجوب . ولأنه وجد المبسدل قبل التلبس بالبدل ، فلهذه كما لو كان واجداً له حال الوجوب . وإن شرع في الصوم قبل القدرة على الإعتاق ثم قدر عليه لم يلزمه الخروج إليه إلا أن يشاء العتق فيجزيه . ويكون قد فعل الأولى ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يلزمه الخروج . لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل . فبطل حكم المبدل كالتيتم يرى الماء .

ولنا : أنه شرع في الكفارة الواجبة عليه فأجزأته ، كما لو استمر العجز إلى فراغها . وفارق العتق التيمم لوجهين . أحدهما : أن التيمم لا يرفع الحدث . وإنما يستره ، فإذا وجد الماء ظهر حكمه بخلاف الصوم فإنه يرفع حكم الجماع بالكلية . الثاني : أن الصيام تطول مدته فيشق إلزامه بالجمع بينه وبين العتق بخلاف الوضوء والتيمم .

« مسألة » قال (فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ، لكل مسكين مد من بر ، أو نصف صاع من تمر أو شعير) .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في دخول الإطعام في كفارة الوطء في رمضان في الجملة : وهو مذکور في الخبر : والواجب فيه : إطعام ستين مسكيناً في قول عامتهم ، وهو في الخبر أيضاً ، ولأنه إطعام في كفارة فيها صوم شهرين متتابعين ، فكان إطعام ستين مسكيناً ككفارة الظهار .

واختلفوا في قدر ما يطعم كل مسكين ؛ فذهب أحمد إلى أن لكل مسكين مد بر ، وذلك خمسة عشر صاعاً ، أو نصف صاع من تمر ، أو شعير . فبكون الجميع ثلاثين صاعاً ، وقال أبو حنيفة : من البر لكل مسكين نصف صاع . ومن غيره صاع لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث سلمة بن صخر « فاطعم وسقاً من تمر » رواه أبو داود ، وقال أبو هريرة « يطعم مدّاً من أى الأنواع شاء » وبهذا قال عطاء والأوزاعي والشافعي . لما روى أبو هريرة في حديث المجامع « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بمسكتل من تمر قدره خمسة عشر صاعاً . فقال : خذ هذا فأطعمه عنك » رواه أبو داود .

ولنا : ما روى أحمد حدثنا إسماعيل حدثنا أيوب عن أبي زيد المصنف قال
 « جاءت امرأة من بني يياضة بنصف وسق شعير . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 للظاهر : أطمع هذا . فإن مدى شعير مكان مدبر ، ولأن فدية الأذى نصف صاع
 من التمر والشعير بلا خلاف . فكذا هذا . والمد من البر : يقوم مقام نصف صاع
 من غيره . يدلل حديثنا . ولأن الإجزاء بمد منه . قول ابن عمر ، وابن عباس .
 وأبي هريرة ، وزيد : ولا يخالف لهم في الصحابة .

وأما حديث سلمة بن صخر فقد اختلف فيه . وحديث أصحاب الشافعي يجوز
 أن يكون الذي أتى به النبي صلى الله عليه وسلم قاصراً عن الواجب ، فاجتزأ به
 لعجز المكفر عما سواه .

(فصل) فإن أخرج من الدقيق أو السويق أجزاء . لما ذكرناه فيما تقدم .
 وإن غدى المساكين أو عشاءم لم يجزئه في أظهر الروايتين . وهو ظاهر كلام الخرق .
 لأنه قدر ما يجزئ في الدفع بمد أو نصف صاع . وإذا أطمعهم لا يعلم أن كل
 واحد منهم استوفى الواجب له ، ووجه ذلك : أن النبي صلى الله عليه وسلم بين
 قدر ما يطعمه كل مسكين بما ذكرنا من الأحاديث . وهي مقيدة لمطلق الإطعام
 المذكور . والمطلق يحمل على المقيد . ولا يعلم أن كل مسكين استوفى ما يجب له .
 ولأن الواجب تمليك المسكين طعامه ، والإطعام إباحة وليس بتمليك .

فعلى هذه الرواية : إن أفرد لكل مسكين قدر الواجب له فأطعمه إياه نظرت
 فإن قال له : هذا لك تصرف فيه كيف شئت أجزاء . لأنه قد ملكه إياه . وإن
 لم يقل له شيئاً احتمل أن يجزئه . لأنه قد أطمعه ما يجب له . فأشبهه بالملك .
 واحتمل أن لا يجزئه . لأنه لم يملكه إياه . والرواية الثانية : يجزئه أن يجمع ستين
 مسكيناً فيطعمهم . قال أبو داود : سمعت أحمد يسأل عن امرأة أفطرت رمضان
 ثم أدركها رمضان آخر . ثم مات . قال . كم أفطرت ؟ قال ثلاثين يوماً . قال
 فأجمع ثلاثين مسكيناً وأطعمهم مرة واحدة وأشبعهم . وذلك لأن النبي صلى الله
 عليه وسلم قال للجوامع « أطمع ستين مسكيناً » وهذا قد أطمعهم . وقال الله تعالى
 (٥٨ : ٤) فاطعام ستين مسكيناً) وقال في كفارة اليمين (٥ : ٨٩) فاطعام عشرة
 مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم) وهذا قد أطمعهم ، وروى عن أنس

« أنه أفطر في رمضان لجمع المساكين ووضع جفائاً فأطعمهم ، ولأنه أطعم ستين مسكيناً فأجزأه ، كما لو ملكه إياه فعلى هذه الرواية : إن أطعمهم قدر الواجب لهم اجزأه . وإن أطعمهم دون ذلك فأشبعهم ، فظاهر كلام أحد : أنه يجزئه . لأنه قد أطعمهم . ويحتمل أن لا يجزئه . لأنه لم يطعمهم ما وجب لهم .

(فصل) ويجزئ في الكفارة ما يجزئ في الفطرة : من البر والشعير ودقيقهما والتمر والزبيب . وفي الأقط وجبان ، وفي الخبز روايتان . وكذلك يخرج في السوق فإن كان قوته غير ذلك من الحبوب ، كالذخن والذرة والأرز ففيه وجبان : أحدهما لا يجزئ ذكره القاضي . لأنه لا يجزئ في الفطرة . والثاني : يجزئ . اختاره أبو الخطاب . لقول الله تعالى (٥ : ٨٩) من أوسط ما تطعمون أهليكم) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالإطعام مطلقاً : ولم يرد تقييده بشيء من الأجناس . فوجب إبقاؤه على إطلاقه ، ولأنه أطعم المسكين من طعامه فأجزأه ، كما لو كان طعامه برأ فأطعمه منه . وهذا أظهر .

(فصل) وإن عجز عن العتق والصيام والإطعام سقطت الكفارة عنه في إحدى الروايتين . بدليل أن الأعرابي لما دفع إليه النبي صلى الله عليه وسلم التمر وأخبره بما جئته إليه قال « أطعمه أهلك » ولم يأمره بكفارة أخرى ، وهذا قول الأوزاعي . وقال الزهري : لا بد من التكفير . وهذا خاص لذلك الأعرابي لا بعتده ، بدليل أنه أخبر النبي صلى الله عليه وسلم بأعساره قبل أن يدفع إليه المرق . ولم يسقطها عنه . ولأنها كفارة واجبة . فلم تسقط بالعجز عنها ، كسائر الكفارات ، وهذا رواية ثمانية عن أحمد . وهو قياس قول أبي حنيفة والثوري وأبي ثور . وعن الشافعي كاللذهبيين .

ولنا : الحديث المذكور . ودعوى التخصيص لا تسمع بغير دليل . وقولهم : إنه أخبر النبي صلى الله عليه وسلم بعجزه فلم يسقطها . قلنا قد أسقطها عنه بعد ذلك . وهذا آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم . ولا يصح القياس على سائر الكفارات . لأنه لإطراح النص بالقياس ، والنص أولى . والاعتبار بالعجز في جالة الوجوب ، وهي حالة الوطء .

« مسألة : قال (وإن جامع فلم يكفر حتى جامع ثانية . فكفارة واحدة) .
وجملة ذلك : أنه إذا جامع ثانياً قبل التكفير عن الأول لم يخل من أن يكون
في يوم واحد أو في يومين . فإن كان في يوم واحد فكفارة واحدة تجزئه ، بغير
خلاف بين أهل العلم . وإن كان في يومين من رمضان ففيه وجهان : أحدهما :
تجزئه كفارة واحدة . وهو ظاهر إطلاق الحرق . واختيار أبي بكر ، ومذهب
الزهري والأوزاعي وأصحاب الرأي . لأنها جزاء عن جناية تكرر سببها قبل
استيفائها فيجب أن تتدخل كالحدة . والثاني : لا تجزئ واحدة . ويلزمه كفارتان
اختاره القاضي وبعض أصحابنا . وهو قول مالك والليث والشافعي وابن المنذر .
وروى ذلك عن عطاء ومكحول . لأن كل يوم عبادة منفردة فإذا وجبت الكفارة
بإفساده لم تتدخل ، كرمضاتين وكالحجتين .

« مسألة (قال (وإن كفر ثم جامع ثانية . فكفارة ثانية) .

وجملته : أنه إذا كفر ثم جامع ثانية . لم يخل من أن يكون في يوم واحد أو
في يومين . فإن كان في يومين فعليه كفارة ثانية بغير خلاف فعليه . وإن كان في
يوم واحد . فعليه كفارة ثانية نص عليه أحد ، وكذلك يخرج في كل من لزمه
الإمساك وحرم عليه الجماع في نهار رمضان ، وإن لم يكن صائماً مثل من لم يعلم
برؤية الهلال إلا بعد طلوع الفجر ، أو نسي النية . أو أكل عامداً ثم جامع . فانه
يلزمه كفارة . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : لا شيء عليه بذلك الجماع . لأنه
لم يصادف الصوم . ولم يمنع صحته . فلم يوجب شيئاً كالجماع في الليل .

ولنا : أن الصوم في رمضان عبادة تجب الكفارة بالجماع فيها . فتكررت
بتكرار الوطء إذا كان بعد التكفير كالجماع . ولأنه وطء محرم لحرمه رمضان ،
فأوجب الكفارة كالأول . وفارق الوطء في الليل . فانه غير محرم .

فإن قيل : الوطء الأول تضمن هتك الصوم وهو مؤثر في الإيجاب . فلا
يصح إلحاق غيره به . قلنا : هو ملغى بمن طلع عليه الفجر وهو جامع . فاستدام .
فانه تازمه الكفارة ، مع أنه لم يهتك الصوم .

(فصل) إذا أصبح مفطراً يعتقد أنه من شعبان ، فقامت البينة بالروية .

لزمه الإمساك والقضاء في قول عامة الفقهاء . إلا ما روى عن عطاء أنه قال :
 يأكل بقية يومه . قال ابن عبد البر : لا نعلم أحداً قاله غير عطاء . وذكر أبو
 الخطاب ذلك رواية عن أحمد . ولا أعلم أحداً ذكرها غيره ، وأظن هذا غلطاً .
 فإن أحمد قد نص على إيجاب الكفارة على من وطئ ثم كفر ثم عاد فوطئ في
 يومه . لأن حرمة اليوم لم تذهب . فإذا أوجب الكفارة على غير الصائم لحرمة
 اليوم ، فكيف يبيح الأكل ؟ ولا يصح قياس هذا على المسافر إذا قدم وهو
 مفطر وأشباهه . لأن المسافر كان له الفطر ظاهراً وباطناً . وهذا لم يكن له الفطر
 في الباطن مباحاً . فأشبهه من أكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع .

فإذا تقرر هذا فإن جامع فيه فعلية القضاء والكفارة ، كالذي أصبح لا ينوي
 الصيام أو أكل ثم جامع ، وإن كان جماعه قبل قيام البينة تحكه حكم من جامع
 يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع على ما مضى فيه .

(فصل) وكل من أفطر والصوم لازم له كالمفطر بغير عذر والمفطر يظن أن
 الفجر لم يطلع وقد كان طلع ، أو يظن أن الشمس قد غابت ولم تغب ، أو النامى
 لنية الصوم ونحوهم . يلزمهم الإمساك . لا نعلم بينهم فيه اختلافاً ، إلا أنه يخرج
 على قول عطاء في المعذور في الفطر : لإباحة فطر بقية يومه ، قياساً على قوله فيما إذا
 قامت البينة بالرؤية . وهو قول شاذ لم يرجح عليه أهل العلم .

(فصل) فأما من يباح له الفطر في أول النهار ظاهراً وباطناً كالحائض
 والنفساء والمسافر والصبي والمجنون والكافر والمريض إذا زالت أعضاؤهم في أثناء
 النهار فظهرت الحائض والنفساء وأقام المسافر وبلغ الصبي وأفاق المجنون وأسلم
 الكافر وصح المريض المفطر ففهم روايتان .

لأحدهما : يلزمهم الإمساك في بقية اليوم . وهو قول أبي حنيفة والثوري
 والأوزاعي والحسن بن صالح والعبدي . لأنه معنى لو وجد قبل الفجر أوجب
 الصيام . فإذا طرأ بعد الفجر أوجب الإمساك كقيام البينة بالرؤية .

والثانية : لا يلزمهم الإمساك . وهو قول مالك والشافعي . وروى ذلك عن
 جابر بن زيد . وروى عن ابن مسعود أنه قال « من أكل أول النهار فليأكل آخره ،

ولأنه أبيع له فطر أول النهار ظاهراً وباطناً . فإذا أفطر كان له أن يستديمه إلى آخر النهار ، كما لو دام العذر . فإذا جامع أحد هؤلاء بعد زوال عذره انبنى على الروايتين في وجوب الإمساك . فإن قلنا . يلزمه الإمساك . لحكمه حكم من قامت البيئة بالرؤية في حقه إذا جامع . وإن قلنا : لا يلزمه الإمساك . فلا شيء عليه . فإن كان أحد الزوجين من أحد هؤلاء والآخر لا عذر له ، فلكل واحد حكم نفسه ، على ما مضى . وإن كانا جميعاً معذورين . فكليهما ما ذكرناه ، سواء اتفق عذرهما ، مثل أن يقدم من سفر أو يصح من مرض ، أو يختلف ، مثل أن يقدم الزوج من سفر وتطهر المرأة من الحيض فيصحبها . وقد روى عن جابر بن يزيد أنه قدم من سفر فوجد امرأته قد طهرت من حيض فأصابها ، فأما إن نوى الصوم في سفره أو مرضه أو صغره ثم زال عذره في أثناء النهار . لم يجز له الفطر . رواية واحدة . وعليه الكفارة إن وطئ . وقال بعض أصحاب الشافعي : في المسافر خاصة ، وجهان . أحدهما : له الفطر . لأنه أبيع له الفطر في أول النهار ظاهراً وباطناً فكانت له استدامته ، كما لو قدم مفطراً وليس بصحيح . فإن سبب الرخصة زال قبل الترخص ، فلم يكن له ذلك كما لو قدمت به السفينة قبل قصر الصلاة ، وكالمريض يبرأ والصبي يبلغ . وهذا ينقض ما ذكره . ولو علم الصبي أنه يبلغ في أثناء النهار بالسن . أو علم المسافر أنه يقدم . لم يلزمهما الصيام قبل زوال عذرهما ، لأن سبب الرخصة موجود . فيثبت حكمها كما لو لم يعلم ذلك .

(فصل) ويلزم المسافر والحائض والمريض القضاء إذا أفطروا ، بغير خلاف لقول الله تعالى (٢ : ١٨٥) فن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) والتقدير : فافطر . وقالت عائشة : كنا نحيض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنؤمر بقضاء الصوم ، وإن أفاق المجنون أو بلغ الصبي أو أسلم الكافر في أثناء النهار والصبي مفطر . ففي وجوب القضاء روايتان . لإحادهما : لا يلزمهم ذلك لأنهم لم يدركوا وقتاً يمكنهم التلبس بالعبادة فيه . فأشبه ما لو زال عذرهم بعد خروج الوقت . والثانية : يلزمهم القضاء . لأنهم أدركوا بعض وقت العبادة . فلزمهم القضاء ، كما لو أدركوا بعض وقت الصلاة .

« مسألة ، قال (وإن أكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع . أو أفطر يظن أن الشمس قد غابت ولم تغب فعليه القضاء ، »

هذا قول أكثر أهل العلم من الفقهاء وغيرهم . وحكى عن عروة ومجاهد والحسن وإسحاق : لا قضاء عليهم لما روى زيد بن وهب : قال « كنت جالسا في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان في زمن عمر بن الخطاب فأتيينا بعساس فيها شراب من بيت خصصة ، فشربنا ونحن نرى أنه من الليل ثم انكشف السحاب فإذا الشمس طالعة ، قال : لجعل الناس يقولون : قضى يوماً مكانه . فقال عمر : والله لا نقضيه ما تجانفنا لإثم ، ولأنه لم يقصد إلا كل في الصوم فلم يلزمه القضاء كالنامي . »

ولنا : أنه أكل محتاراً ذا كراً للصوم فأفطر كما لو أكل يوم الشك . ولأنه جعل بوقت الصيام فلم يعذر به ، كالجهل بأول رمضان . ولأنه يمكن التحرز منه . فأشبهه أكل العامد . وفارق الناس فإنه لا يمكن التحرز منه .

وأما الخبر فرواه الأثرم : أن عمر قال « من أكل فليقض يوماً مكانه ، ورواه مالك في الموطأ أن عمر قال « الخطب يسير ، يعني خفة القضاء . وروى هشام بن عروة عن فاطمة أمراءه عن أسماء قالت : « أفطرنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في يوم غيم ثم طلعت الشمس . قيل لهشام : أمروا بالقضاء ؟ قال لا بد من قضاء ، أخرجه البخاري . »

(فصل) وإن أكل شاكا في طلوع الفجر ولم يتبين الأمر . فليس عليه قضاء . وله إلا كل حتى يتبين طلوع الفجر . نص عليه أحمد . وهذا قول ابن عباس وعطاء والأوزاعي والثاقفي وأصحاب الرأي . وروى معنى ذلك عن أبي بكر السديق وابن عمر رضي الله عنهم وقال مالك : يجب القضاء . لأن الأصل بقاء الصوم في ذمته فلا يسقط بالشك . ولأنه أكل شاكا في النهار والليل . فلو لمه القضاء ، كما لو أكل شاكا في غروب الشمس .

ولنا قول الله تعالى (٢ : ١٨٧) وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخطيط الأبيض

من الخيط الأسود من الفجر) مد الاكل إلى غاية التبين . وقد يكون شاكا قبل التبين . فلو لزمه القضاء لحرم عليه الاكل . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : فمكثوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم — وكان رجلا أعمى لا يؤذن حتى يقال له أصبحت أصبحت ، ولأن الاصل بقاء الليل فيكون زمان الشك منه ما لم يعلم يقين زواله ، بخلاف غروب الشمس . فإن الاصل بقاء النهار فبني عليه .

(فصل) وإن أكل شاكا في غروب الشمس ، ولم يقين . فعليه القضاء ، لأن الاصل بقاء النهار ، وإن كان حين الاكل ظاناً أن الشمس قد غربت أو أن الفجر لم يطلع ، ثم شك بعد الاكل ولم يقين . فلا قضاء عليه . لأنه لم يوجد يقين أزال ذلك الظن الذي بني عليه ، فأشبه ما لو صلى بالاجتهاد ، ثم شك في الإصابة بعد صلاته .

مسألة ، قال (ومباح لمن جامع بالليل أن لا يغتسل حتى يطلع الفجر ، وهو على صومه) .

وجملته : أن الجنب له أن يؤخر الغسل حتى يصبح ثم يغتسل ويتم صومه في قول عامة أهل العلم ، منهم علي ، وابن مسعود ، وزيد ، وأبو الدرداء ، وأبو ذر ، وابن عمر ، وابن عباس . وعائشة . وأم سلمة رضي الله عنهم . وبه قال مالك والشافعي في أهل الحجاز ، وأبو حنيفة ، والثوري في أهل العراق ، والأوزاعي في أهل الشام . والليث في أهل مصر ، وإسحاق . وأبو عبيدة في أهل الحديث ، وداود في أهل الظاهر . وكان أبو هريرة يقول « لا صوم له » ويروي ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ثم رجع عنه . قال سعيد بن المسيب ، رجع أبو هريرة عن فتياه ، وحكى عن الحسن وسالم بن عبد الله قال : يتم صومه ويقضى . وعن النخعي في رواية : يقضى في الفرض دون التطوع . وعن عروة وطاوس : إن علم بجنابته في رمضان فلم يغتسل حتى أصبح فهو مفطر ، وإن لم يعلم فهو صائم . وحديث أبي هريرة الذي رجع عنه .

ولنا : ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام قال : ذهبت أنا

وأبى حتى دخلنا على عائشة فقالت : أشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم إن كان ليصبح جنباً من جماع من غير احتلام ثم يصومه ثم دخلنا على أم سلمة فقالت مثل ذلك . ثم أتينا أبا هريرة فأخبرناه بذلك ، فقال . هما أعلم بذلك . إنما حدثنيه الفضل بن عباس ، متفق عليه قال الخطابي : أحسن ما سمعت في خبر أبي هريرة : أنه منسوخ لأن الجماع كان محرماً على الصائم بعد النوم . فلما أباح الله الجماع إلى طلوع الفجر جاز للجنب إذا أصبح قبل أن يغتسل أن يصوم ، وروى عائشة أن رجلاً قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : إني أصبح جنباً وأنا أريد الصيام . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « وأنا أصبح جنباً وأنا أريد الصيام . فقال له الرجل : يا رسول الله إنك لست مثلاً ، وقد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر . فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : إني لأرجو أن أكون أخشاكم لله وأعلمكم بما أتقى ، رواه مالك في موطأه ومسلم في صحيحه .

• مسألة ، قال (وكذلك المرأة إذا انقطع حيضها من الليل . فهي صائمة إذا نوت الصوم قبل طلوع الفجر . وتغتسل إذا أصبحت) .

وجملة فق : أن الحسك في المرأة إذا انقطع حيضها من الليل كالحكم في الجنب سواء ، ويشترط أن ينقطع حيضها قبل طلوع الفجر . لأنه إن وجد جزء منه في النهار أفسد الصوم . ويشترط أن تنوى الصيام أيضاً من الليل بعد انقطاعه ، لأنه لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ، قال الأوزاعي والحسن بن حى وعبد الملك ابن الماجشون والعنبري : تقضى ، فرطت في الاغتسال أو لم تفرط . لأن حدث الحيض يمنع الصوم بخلاف الجنابة .

ولنا : أنه حدث يوجب الغسل ، فتأخير الغسل منه إلى أن يصبح لا يمنع صحة الصوم كالجنابة . وما ذكروه لا يصح ، فإن من طهرت من الحيض ليست حائضاً ، وإنما عليها حدث موجب للغسل . فهي كالجنب . فإن الجماع الموجب للغسل لو وجد في الصوم أفسده كالحيض ، وبقاء وجوب الغسل منه كبقاء وجوب الغسل من الحيض ، وقد استدل بعض أهل العلم بقول الله تعالى (٢ : ١٨٧) فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخط الأبيض

من الخطيئ (الأسود من الفجر) فلما أباح المباشرة إلى تبين الفجر علم أن الغسل إنما يكون بعده .

« مسألة » قال (والحامل إذا خافت على جنينها والمرضع على ولدها أفطرتا ، وقصفتا ، وأطعمتا عن كل يوم مسكينا)

وجملة ذلك : أن الحامل والمرضع إذا خافتا على أنفسهما فلهما الفطر ، وعليهما القضاء بحسب . لا نعلم فيه بين أهل العلم اختلافا . لأنهما بمنزلة المريض الخائف على نفسه ، وإن خافتا على ولديهما أفطرتا وعليهما القضاء وإطعام مسكين عن كل يوم . وهذا يروى عن ابن عمر . وهو المشهور من مذهب الشافعي ، وقال الليث : الكفارة على المرضع دون الحامل ، وهو إحدى الروايتين عن مالك . لأن المرضع يمكنها أن تسترضع لولدها بخلاف الحامل ، ولأن الحمل متصل بالحامل . فالتخوف عليه كالتخوف على بعض أعضائها ، وقال عطاء والزهرى والحسن وسعيد بن جبيل والنخعي وأبو حنيفة لا كفارة عليهما . لما روى أنس بن مالك رجلا من بني كعب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن الله وضع عن المسافر شطر الصلاة وعن الحامل والمرضع الصوم - أو الصيام - والله لقد قالها رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما أو كليهما » رواه النسائي والترمذي وقال : هذا حديث حسن ، ولم يأمره بكفارة . ولأنه فطر أبيض لمنذر . فلم يجب به كفارة كالفطر للبرص .

ولنا قول الله تعالى (٢ : ١٨٤) وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين) وهما داخلتان في عموم الآية ، قال ابن عباس « كانت رخصة للشيخ الكبير والمرأة الكبيرة وهما يطيقان الصيام أن يفطرا ويطعما مكان كل يوم مسكينا ، والحجلى والمرضع إذا خافتا على أولادهما أفطرتا وأطعمتا » رواه أبو داود ، وروى ذلك عن ابن عمر ، ولا يخالفهما في الصحابة ، ولأنه فطر بسبب نفس عاجزة من طريق الخلقة ؛ فوجبت به الكفارة كالشيخ الهرم . وخبرهم لم يتعرض للكفارة ، فكانت موقوفة على الدليل كالقضاء . فإن الحديث لم يتعرض له ، والمريض أخف حالا من هاتين ، لأنه يفطر بسبب نفسه .

إذا ثبت هذا : فإن الواجب في إطعام المسكين مدبر . أو نصف صاع من تمر ، أو شعير ، والخلاف فيه كالحلاف في إطعام المساكين في كفارة الجماع .

إذا ثبت هذا : فإن القضاء لازم لهما ، وقال ابن عمر وابن عباس : لا قضاء عليهما . لأن الآية تناولتهما وليس فيها إلا الإطعام ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله وضع عن الحامل والمرضع الصوم » .

ولنا أنهما يطيقان القضاء . فلزمهما كالحائض والنفساء . والآية أوجبت الإطعام ولم تتعرض للقضاء . فأخذناه من دليل آخر . والمراد بوضع الصوم وضعه في مدة عذرهما ، كما جاء في حديث عمرو بن أمية عن النبي صلى الله عليه وسلم : « إن الله وضع عن المسافرين الصوم » ، ولا يشبهان الشيخ الهرم ، لأنه عاجز عن القضاء وهما يقدران عليه ، قال أحد : أذهب إلى حديث أبي هريرة ، يعني ولا أقول بقول ابن عباس ، وابن عمر في منع القضاء .

« مسأله » قال (وإذا عجز عن الصوم لكبر أظفر ، وأطعم لكل يوم مسكيناً) .

وجملة ذلك : أن الشيخ الكبير والعجوز إذا كان يجهدهما الصوم ويشق عليهما مشقة شديدة ، فلهما أن يفطرا ويطعما لكل يوم مسكيناً . وهذا قول على وابن عباس وأبي هريرة وأنس وسعيد بن جبير وطاوس وأبي حنيفة والثوري والأوزاعي ، وقال مالك ، لا يجب عليه شيء . لأنه ترك للصوم لعجزه فلم تجب فدية كما لو تركه لمرض اتصل به الموت ، وللشافعي قولان كاللذهبيين .

ولنا الآية وقول ابن عباس في تفسيرها : نزلت رخصة للشيخ الكبير ، ولأن الأداء صوم واجب : فجاز أن يسقط إلى الكفارة كالتقضاء ، وأما المريض إذا مات فلا يجب الإطعام . لأن ذلك يؤدي إلى أن يجب على الميت ابتداء ، بخلاف ما إذا أمكنه الصوم فلم يفعل حتى مات . لأن وجوب الإطعام يستند إلى حال الحياة ، والشيخ الهرم له ذمة صحيحة . فإن كان عاجزاً عن الإطعام أيضاً فلا شيء عليه (ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها) .

(فصل) والمريض الذي لا يرجى برؤه يفطر ويطعم لكل يوم مسكيناً . لأنه في معنى الشيخ ، قال أحمد رحمه الله فيمن به شهوة الجماع غالباً لا يملك نفسه ويخاف

أن تفشق أنثياه أطعم . أباح له الفطر لأنه يخاف على نفسه فهو كالمرضى ومن يخاف على نفسه الهلاك لعطش أو نحوه وأوجب الإطعام بدلا عن الصيام . وهذا يحمل على من لا يرجو إمكان القضاء ، فإن رجا ذلك فلا فدية عليه . والواجب انتظار القضاء وفعله إذا قدر عليه لقوله تعالى (٢ : ١٨٥) فن كان منكم مريضا أو سافر فعدة من أيام أخر) وإنما يصار إلى الفدية عند اليأس من القضاء ، فإن أطعم مع يأسه ثم قدر على الصيام احتمل أن لا يلزمه . لأن ذمته قد برئت بأداء الفدية التي كانت هي الواجبه عليه . فلم يعدل إلى الشغل بما برئت منه ، ولهذا قال الحرقي : فن كان مريضا لا يرجى برؤه ، أو شيخا لا يستمسك على الراحة أقام من يحج عنه ويعتمر وقد أجزأ عنه وإن عوفي ، واحتمل أن يلزمه القضاء لأن الإطعام بدل يأس وقد تبينا ذهاب اليأس فأشبهه من اعتدت بالشهور عند اليأس من الحيض ثم حاضت .

« مسألة ، قال (وإذا حاضت المرأة أو نفست أفطرت وقضت . فإن صامت لم يجزئها) .

أجمع أهل العلم على أن الحائض والنفساء لا يصل لهما الصوم ، وأنهما يفطران رمضان ويقضيان ، وأنهما إذا صامتا لم يجزئهما الصوم . وقد قالت عائشة ، كذا نحىض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فتؤمر بقضاء الصوم ولا تؤمر بقضاء الصلاة ، متفق عليه . والامر لهما هو النبي صلى الله عليه وسلم ، وقال أبو سعيد : قال النبي صلى الله عليه وسلم « أليس لاحدا كن إذا حاضت لم تصل ولم تصم ، فذلك من نقصان دينها ، رواه البخارى ، والحائض والنفساء سواء ، لأن دم النفاس هو دم الحيض وحكمه حكمه ، ومتى وجد الحيض في جزء من النهار فسد صوم ذلك اليوم سواء وجد في أوله أو في آخره ، ومتى نوت الحائض الصوم وأمسكت مع عليها بتحريم ذلك آثمت ولم يجزئها .

« مسألة ، قال (فإن أمكنها القضاء فلم تقض حتى ماتت ، أطعم عنها لكل يوم مسكين) .

وجلة ذلك : أن من مات وعليه صيام من رمضان لم يخل من حالين . أحدهما : أن يموت قبل إكمال الصيام ، إما لضيق الوقت أو لعذر من مرض أو سفر أو عجز عن الصوم ، فهذا لا شيء عليه في قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن طاوس وقتادة أنهما قالاً : يجب الإطعام عنه ، لأنه صوم واجب سقط بالعجز عنه ، فوجب الإطعام عنه ، كالشيخ الهلم إذا ترك الصيام لعجزه عنه .

ولنا : أنه حق لله تعالى وجب بالشرع ، مات من يجب عليه قبل إكمال فعله . فسقط إلى غير بدل ، كالجج ، ويفارق الشيخ الهلم ، فإنه يجوز ابتداء الوجوب عليه بخلاف الميت .

الحال الثاني : أن يموت بعد إكمال القضاء ، فالواجب أن يطعم عنه لكل يوم مسكين ، وهذا قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن عائشة وابن عباس ، وبه قال مالك والليث والأوزاعي والثوري والشافعي والحزرجي وابن علية وأبو عبيد في الصحيح عنهم ، وقال أبو ثور : يصام عنه ، وهو قول الشافعي ، لما روت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من مات وعليه صيام صام عنه وليه » ، متفق عليه . وروى عن ابن عباس نحوه .

ولنا : ما روى ابن ماجه عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من مات وعليه صيام شهر فليطعم عنه مكان كل يوم مسكيناً » قال الترمذي : الصحيح عن ابن عمر موقوف : وعن عائشة أيضاً قالت : « يطعم عنه في قضاء رمضان ، ولا يصام عنه » ، وعن ابن عباس : « أنه مثل عن رجل مات وعليه نذر ؟ يصوم شهراً وعليه صوم رمضان » ، قال : أما رمضان فليطعم عنه ، وأما النذر فيصام عنه ، رواه الأثرم في السنن . ولأن الصوم لا تدخله النيابة حال الحياة ، فكذلك بعد الوفاة كالصلاة .

فأما حديثهم فهو في النذر ، لأنه قد جاء مصرحاً به في بعض ألفاظه كذلك . رواه البخاري عن ابن عباس قال : « قالت امرأة : يا رسول الله ، إن أمي ماتت وعليها صوم نذر ؟ أفأقضيه عنها ؟ قال : أرايت لو كان على أمك دين فقضيتيه ، أكان يؤدي ذلك عنها ؟ قالت : نعم » ، قال فصوى عن أمك ، وقالت عائشة وابن عباس كقولنا . وهما راويا حديثهم . فدل ذلك على ما ذكرناه

(فصل) فأما صوم النذر فيقبله الولي عنه . وهذا قول ابن عباس والليث وأبي عبيد وأبي ثور . وقال سائر من ذكرنا من الفقهاء : يطعم عنه ، لما ذكرنا في صوم رمضان .

ولنا : الأحاديث الصحيحة التي رويناها قبل هذا ، وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق بالاتباع ، وفيها غنية عن كل قول ، والفرق بين النذر وغيره أن النية تدخل العبادة بحسب خفتها (١) . والنذر أخف حكماً لكونه لم يجب بأصل الشرع ، وإنما أوجبه الناذر على نفسه .

إذا ثبت هذا فإن الصوم ليس بواجب على الولي . لأن النبي صلى الله عليه وسلم شبهه بالدين . ولا يجب على الولي قضاء دين الميت . وإنما يتعلق بتركته إن كانت له تركه . فإن لم يكن له تركه فلا شيء على وارثه ، لكن يستحب أن يقضى عنه لتفريغ ذمته وفك رهانه . كذلك ههنا . ولا يختص ذلك بالولي ، بل كل من صام عنه قضى ذلك عنه وأجزأ . لأنه تبرع . فأشبهه قضاء الدين عنه .

« مسألة » قال (فإن لم تمت المفردة حتى أظلم شهر رمضان آخر صامته ، ثم قضت ما كان عليها ، ثم أطعمت لكل يوم مسكيناً . وكذلك حكم المريض والمسافر في الموت والحياة إذا فرط في القضاء) .

وجملة ذلك : أن من عليه صوم من رمضان فله تأخير ما لم يدخل رمضان آخر . لما روت عائشة قالت « كان يكون على الصيام من شهر رمضان ، فما أفضيه حتى يحى شعبان ، متفق عليه . ولا يجوز له تأخير القضاء إلى رمضان آخر من غير عذر . لأن عائشة رضي الله عنها لم تؤخره إلى ذلك ، ولو أمكنها لأخرته . ولأن

(١) كيف يتعبد أحد عن أحد ؟ والعبادة : هي إخلاص الذل والمحبة لله . فهل يمكن لأحد أن يؤمن عن أحد ؟ والله تعالى يقول (وما أدراك ما يوم الدين . ثم ما أدراك ما يوم الدين ؟ يوم لا تملك نفس لنفس شيئاً) والصواب الذي نطق به القرآن والسنة الصحيحة : أن الله يحجز كل أحد عبادته هو . والله أعلم . وكتبه محمد حامد الفقي .

الصوم عباده متكررة ، فلم يحز تأخير الأولى عن الثانية ، كالصلوات المفروضة . فإن أخره عن رمضان آخر ، نظرنا : فإن كان لعذر فليس عليه إلا القضاء . وإن كان لغیر عذر فمليه مع القضاء لإطعام مسكين لكل يوم . وبهذا قال ابن عباس وابن عمر وأبو هريرة ومجاهد وسعيد بن جبیر ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق . وقال الحسن والنخعي وأبو حنيفة : لا فدية عليه ، لأنه صوم واجب ، فلم يجب عليه في تأخيره كفارة ، كما لو أخر الأداء والنذر .

ولنا : ما روى عن ابن عمر وابن عباس وأبي هريرة أنهم قالوا : أطعم عن كل يوم مسكيناً : ولم يرو عن غيرهم من الصحابة خلافهم . وروى مسنداً من طريق ضعيف . ولأن تأخير صوم رمضان عن وقته إذا لم يوجب القضاء أوجب الفدية كالشيخ الهرم .

(فصل) فإن أخره لغیر عذر حتى أدركه رمضان أو أكثر لم يكن عليه أكثر من فدية مع القضاء . لأن كثرة التأخير لا يزداد بها الواجب كما لو أخر الحج الواجب سنين لم يكن عليه أكثر من فعله .

(فصل) فإن مات المفريط بعد أن أدركه رمضان آخر أطعم عنه لكل يوم مسكين واحد . نص عليه أحمد فيما روى عنه أبو داود : أن رجلاً سأله عن امرأة أفطرت رمضان . ثم أدركها رمضان آخر ثم ماتت ؟ قال : يطعم عنها . قال له السائل : كم أطعم ؟ قال : كم أفطرت ؟ قال ثلاثين يوماً . قال : اجمع ثلاثين مسكيناً وأطعمهم مرة واحدة وأشبعهم . قال : ما أطعمهم ؟ قال خبزاً ولحماً إن قدرت من أوسط طعامكم ، وذلك لأنه باخراج كفارة واحدة أزال تفريطه بالتأخير ، فصار كما لو مات من غير تفريط . وقال أبو الخطاب : يطعم عنه لكل يوم فقيران . لأن الموت بعد التفريط بدون التأخير عن رمضان آخر يوجب كفارة ، والتأخير بدون الموت يوجب كفارة . فإذا اجتمعا وجبت كفارتان كما لو فرط في يومين .

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في جواز التطوع بالصوم من عليه صوم فرض . فنقل عنه حنبل أنه قال : لا يجوز له أن يتطوع بالصوم ، وعليه صوم

من الفرض حتى يقضيه يبدأ بالفرض . وإن كان عليه فذر صامه يعنى بعد الفرض .
وروى حنبل عن أحمد بإسناده عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من صام تطوعا وعليه من رمضان شيء لم يقضه : فإنه لا يتقبل منه حتى يصومه ، ولأنه عبادة يدخل في جبرانها المال . فلم يصح التطوع بها قبل أداء فرضها كالحج . وروى عن أحمد : أنه يجوز له التطوع . لأنها عبادة تتعلق بوقت موسع .
فجاز التطوع في وقتها قبل فعلها كالصلاة يتطوع في أول وقتها . وعليه يخرج الحج . ولأن التطوع بالحج يمنع فعل واجبه المعين ، فأشبهه صوم التطوع في رمضان بخلاف مسألتنا . والحديث يرويه ابن أبي شيبة . وفيه ضعف . وفي سياقه ما هو متروك . فإنه قال في آخره « ومن أدركه رمضان وعليه من رمضان شيء لم يتقبل منه » ويخرج في التطوع بالصلاة في حق من عليه القضاء مثل ما ذكرنا في الصوم .

(فصل) واختلفت الرواية في كراهة القضاء في عشر ذى الحجة . فروى أنه لا يكره . وهو قول سعيد بن المسيب والشافعي وإسحاق . لما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أنه كان يستحب قضاء رمضان في العشر . ولأنه أيام عبادة . فلم يكره القضاء فيه كعشر المحرم .

والثانية : يكره القضاء فيه . روى ذلك عن الحسن والزهرى . لأنه يروى عن علي رضي الله عنه : أنه كرهه . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما من أيام العمل الصالح فيها أحب إلى الله عز وجل من هذه الأيام — يعنى أيام العشر — قالوا : يا رسول الله ولا الجهاد في سبيل الله ؟ قال : ولا الجهاد في سبيل الله ، إلا رجل خرج بنفسه وماله ، فلم يرجع بشيء » فاستحب إخلاؤها بالتطوع لينال فضيلتها . ويجعل القضاء في غيرها . وقال بعض أصحابنا : هاتان الروايتان مبنيان على الروايتين في إباحة التطوع قبل صوم الفرض وتحريمه . فمن أباحه كرهه القضاء فيها ليوغرها على التطوع لينال فضيلته فيها مع فعل القضاء . ومن حرمه لم يكرهه فيها بل استحبه فعله فيها ، لئلا يخلو من العبادة بالسكينة . ويقرى عندى أن هاتين الروايتين فرع على إباحة التطوع قبل الفرض : أما على رواية التحريم :

فيكون صومها تطوعاً قبل الفرض محرماً (١) وذلك أبلغ من الكراهة . والله أعلم .
« مسألة » قال (وللمريض أن يفطر إذا كان الصوم يزيد في مرضه . فإن
تحمل وصام كره له ذلك ، وأجزأه)

أجمع أهل العلم على إباحة الفطر للمريض في الجملة . والأصل فيه قوله تعالى
(٢ : ١٨٧ فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) والمرض المبيح
للفطر هو الشديد الذي يزيد بالصوم أو يخشى تباطؤ برئه . قيل لأحمد : متى يفطر
المريض ؟ قال : إذا لم يستطع ، قيل : مثل الحى . قال : وأى مرض أشد من الحى ؟
وحكى عن بعض السلف : أنه أباح الفطر بكل مرض حتى من وجع الأصبع
والضرس ، لعموم الآية فيه ، ولأن المسافر يباح له الفطر وإن لم يحتاج إليه .
فكذلك المريض .

ولنا : أنه شاهد للشهر لا يؤذيه الصوم . فلزمه كالصحيح . والآية مخصوصة في
المسافر والمريض جميعاً ، بدليل أن المسافر لا يباح له الفطر في السفر القصير (٢)
والفرق بين المسافر والمريض : أن السفر اعتبرت فيه المظنة وهو السفر الطويل ،
حيث لم يمكن اعتبار الحكمة بنفسها . فإن قليل المشقة لا يبيح ، وكثيرها لا ضابط
له في نفسه ، فاعتبرت بمظنتها ، وهو السفر الطويل . فدار الحكم مع المظنة وجوداً
وعدماً . والمرض لا ضابط له . فإن الأمراض تختلف منها ما يضر صاحبه الصوم ،
ومنها ما لا أثر للصوم فيه ، كوجع الضرس وجرح في الأصبع والدمل والقرحة
اليسيرة والجرب وأشياء ذلك (٣) فلم يصلح المرض ضابطاً . وأمكن اعتبار الحكمة ،
وهو ما يخاف منه الضرر . فوجب اعتباره .

(١) أى فيكون صومها بقصد التطوع حراماً

(٢) فيه أن تخصيص السفر بالطويل لا يدل عليه نص ولا إجماع . وإنما هو رأى
لبعض الفقهاء كما حققه شيخ الإسلام ابن تيمية في رسالة له طويلة

(٣) ومنها ما يكون الصوم علاجاً لها أو مفيداً فيها كالنخمة والاسهال

فإذا ثبت هذا فإن تحمل المريض وصام مع هذا فقد فعل مكروها لما يتضمنه من الاضرار بنفسه ، وتركه تخفيف الله تعالى وقبول رخصته . ويصح صومه ويجزئه . لأنه عزيمة أبيح تركها رخصة . فإذا تحمله أجزأه كالمرضى الذى يباح له ترك الجمعة إذا حضرها . والذى يباح له ترك القيام فى الصلاة إذا قام فيها .

(فصل) والصحيح أن الذى يخشى المرض بالصيام كالمرضى الذى يخاف زيادته فى إباحة الفطر . لأن المريض إنما أبيح له الفطر خوفا مما يتجدد بصيامه من زيادة المرض وتطاوله . فالخوف من تجديد المرض فى معناه . قال أحمد فمين به شهوة غالبية للجماع يخاف أن نشق أنثياه : فله الفطر . وقال فى الجارية : تصوم إذا حاضت . فإن جهدها الصوم فلفطر ولتقض . - . يعنى إذا حاضت وهى صغيرة لم تبلغ خمس عشرة سنة . قال القاضى : هذا إذا كانت تخاف المرض بالصيام أبيح لها الفطر ، وإلا فلا

(فصل) ومن أبيح له الفطر لشدة شبقه ، إن أمكنه استدفاع الشهوة بغير جماع ، كالاستمناء بيده أو يد امرأته أو جاريته لم يحز له الجماع . لأنه فطر للضرورة فلم تبح له الزيادة على ما تندفع به الضرورة . كأكل الميتة عند الضرورة . وإن جامع فعليه الكفارة . وكذلك إن أمكنه دفعها بما لا يفسد صوم غيره كوطء زوجته أو أمته الصغيرة أو السكانية ، أو مباشرة الكبيرة المسلمة دون الفرج ، أو الاستمناء بيدها أو بيده لم يبيح له إفساد صوم غيره ، لأن الضرورة إذا اندفعت لم يبيح له ما وراءها ، كالشبع من الميتة إذا اندفعت الضرورة بسد الرمق . وإن لم تندفع الضرورة إلا بإفساد صوم غيره أبيح ذلك . لأنه بما تدعو الضرورة إليه فأبيح كفطره وكالحامل والمرضع يقطران خوفاً على ولديهما . فإن كان له امرأتان حائض وطاهر صائمة ودعته الضرورة إلى وطء إحداها احتمل وجهين .

أحدهما : وطء الصائمة أولى ، لأن الله تعالى نص على النهى عن وطء الحائض فى كتابه . ولأن وطأها فيه أذى لا يزول بالحاجة إلى الوطء .

والثانى : يتخير . لأن وطء الصائمة يفسد صيامها ، فتعارض المفسدان فيتساويان

« مسألة ، قال (وكذلك المسافر)

يعنى أن المسافر يباح له الفطر . فإن صام كره له ذلك وأجزأه ، وجواز الفطر للمسافر ثابت بالنص والإجماع ، وأكثر أهل العلم على أنه إن صام أجزأه ، ويروى عن أبي هريرة : أنه لا يصح صوم المسافر ، قال أحمد : كان عمر وأبو هريرة يأمرانه بالاعادة ، وروى الزهري عن أبي سلمة عن أبيه عبد الرحمن بن عوف أنه قال « الصائم في السفر كالمفطر في الحضر » ، وقال بهذا قوم من أهل الظاهر . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس من البر الصوم في السفر » متفق عليه ، ولأنه عليه السلام أفطر في السفر ، فلما بلغه أن قوما صاموا قال « أولئك هم العصاة » وروى ابن ماجة بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الصائم في رمضان في السفر كالمفطر في الحضر » وعامة أهل العلم على خلاف هذا القول ، قال ابن عبد البر : هذا قول يروى عن عبد الرحمن بن عوف ، هجره الفقهاء كلهم . والسنة ترده . وحجتهم ما روى عن حمزة بن عمرو الأسلمي أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم « أصوم في السفر ؟ » — وكان كثير الصيام — قال : « إن شئت فصم ، وإن شئت فافطر » ، وفي لفظ رواه النسائي : أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « أجد قوة على الصيام في السفر ، فهل على جناح ؟ » قال : « هي رخصة الله ، فمن أخذ بها فحسن ومن أحب أن يصوم فلا جناح عليه » ، وقال أنس « كنا نسافر مع النبي صلى الله عليه وسلم ، فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم » ، متفق عليه . وكذلك روى أبو سعيد . وأحاديثهم بحمولة على تفضيل الفطر على الصيام .

(فصل) والأفضل عند إمامنا رحمه الله الفطر في السفر ، وهو مذهب ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والشعبي والأوزاعي وإسحاق ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : الصوم أفضل لمن قوى عليه ، ويروى ذلك عن أنس وعثمان بن أبي العاص . واحتجوا بما روى عن مسلمة بن الحبحاق أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من كانت له حمولة يأوى إلى شبع فليصم رمضان حيث أدركه » ، رواه أبو داود ولأن من خير بين الصوم والفطر كان الصوم له أفضل كالتطوع ، وقال عمر ابن عبد العزيز ومجاهد وقتادة : أفضل الأمرين أيسرهما . لقول الله تعالى

(٢ : ١٨٧ يريد الله بكم اليسر) ولما روى أبو داود عن حمزة بن عمرو قال : قلت « يا رسول الله ، إنى صاحب ظهر أعاليه وأسافر عليه وأكرهه ، وإنه ربما صادفنى هذا الشهر — يعنى رمضان — وأنا أجد القوة ، وأنا شاب ، وأجدنى أن أصوم يا رسول الله أهون على من أن أؤخر فيسكون ديناً على ، أفأصوم يا رسول الله أعظم لأجرى ؟ أم أفطر ؟ قال : أى ذلك شئت يا حمزة . »

ولنا : ما تقدم من الأخبار فى الفصل الذى قبله ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « خيركم الذى يفطر فى السفر ويقصر ، ولأن فى الفطر خروجاً من الخلاف ، فكان أفضل كالتقصير . وقياسهم ينتقض بالمريض وبصوم الأيام المكروه صومها .

« مسألة ، قال (وقضاء شهر رمضان متفرقاً يجرى . والمتتابع أحسن) . هذا قول ابن عباس وأنس بن مالك وأبى هريرة وابن عمر وأبى قلاب ومجاهد وأهل المدينة والحسن وسعيد بن المسيب وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة . وإليه ذهب مالك وأبو حنيفة والثورى والأوزاعى والشافعى وإسحاق . وحكى وجوب التتابع عن على وابن عمر والنخعى والشعبى ، وقال داود : يجب ولا يشترط . لما روى ابن المنذر بإسناده عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من كان عليه صوم رمضان فليسرده ولا يقطعه . »

ولنا : احلاق قول ، الله تعالى (٢ : ١٨٧ فعدة من أيام أخر) غير مقيد بالتتابع . فان قيل : فقد روى عن عائشة أنها قالت « نزلت (فعدة من أيام أخر — متتابعات) فسقطت « متتابعات » .

قلنا : هذا لم يثبت عندنا صحته ، ولو صح فقد سقطت اللقظة المخرج بها : وإيضاً قول الصحابة ، قال ابن عمر « إن سافر فان شاء فرق وإن شاء تابع » وروى مرفوعاً إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، وقال أبو عبيدة بن الجراح فى قضاء رمضان « إن الله لم يرخص لكم فى فطره . وهو يريد أن يشق عليكم فى قضاائه » وروى الأثرم بإسناده عن محمد بن المنكدر أنه قال « بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

سئل عن تقطيع قضاء رمضان ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو كان على أحدكم دين ففقهه من الدرهم والدرهمين حتى يقضى ما عليه من الدين هل كان ذلك قاضياً دينه ، قالوا : نعم يا رسول الله قال : فالله أحق بالعمو والتجاوز منكم ، ولأنه صوم لا يتعلق بزمان بعينه . فلم يجب فيه التتابع كالنذر المطلق ، وخبرهم لم يثبت صحته . فإن أهل السنن لم يذكروه ، ولو صح حملناه على الاستصحاب فإن المتتابع أحسن لما فيه من موافقة الخبر والخروج من الخلاف وشبهه بالأداء . والله أعلم .

« مسألة ، قال (ومن دخل في صيام تطوع فخرج منه ، فلا قضاء عليه . فإن قضاء الحسن) » .

وجملة ذلك : أن من دخل في صيام تطوع استحسب له إتمامه ولم يجب . فإن خرج منه فلا قضاء عليه . وروى عن ابن عمر وابن عباس أنهما أصبحا صائمين ثم أفطرا وقال ابن عمر : لا بأس به ما لم يكن نذراً أو قضاء رمضان ، وقال ابن عباس : إذا صام الرجل تطوعاً ثم شاء أن يقطعه قطعه . وإذا دخل في صلاة تطوعاً ثم شاء أن يقطعه قطعه ، وقال ابن مسعود : متى أصبحت تريد الصوم فأنت على آخر النظرين ؛ إن شئت صمت وإن شئت أفطرت ، فهذا مذهب أحمد والثوري والشافعي وإسحاق . وقد روى حنبل عن أحمد : إذا أجمع على الصيام فأرجبه على نفسه فأفطر من غير عذر أعاد يوماً مكان ذلك اليوم . وهذا محمول على أنه استحسب ذلك أو نذره ليكون موافقاً لسائر الروايات عنه . وقال النخعي وأبو حنيفة ومالك : يلزم في الشروع فيه ولا يخرج منه إلا بعذر . فإن خرج قضى . وعن مالك : لا قضاء عليه .

واحتج من أوجب القضاء بما روى عن عائشة أنها قالت : أصبحت أنا وحفصة صائمتين متطوعتين . فأهدى لنا حيس ، فأفطرنا ؛ ثم سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : اقضيا يوماً مكانه ، ولأنها عبادة تلزم بالنذر فلزم بالشروع فيها كالحج والعمرة .

ولنا : ما روى مسلم وأبو داود والنسائي عن عائشة قالت : دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوماً فقال : هل عندكم شيء ، فقلت : لا . قال . فإنني صائم ،

ثم مر بعد ذلك اليوم . وقد أهدى إلى حيس . نخبأت له منه ، وكان يحب الحيس . قلت : يا رسول الله إنه أهدى لنا حيس ، نخبأت لك منه قال : أدنيه . أما إني قد أصبغت وأنا صائم . فأكل منه . ثم قال لنا : إنما مثل صوم التطوع مثل الرجل يخرج من ماله الصدقة . فإن شاء أمضاها وإن شاء حبسها ، هذا لفظ رواية النسائي . وهو أتم من غيره ، وروى أم هانئ قالت : دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتي بشراب ، فناولني فشربت منه . ثم قالت : يا رسول الله لقد أظطرت وكنت صائمة . فقال لها : أكنت تقضين شيئاً ؟ قالت : لا . قال : فلا يضرك إن كان تطوعاً ، رواه سعيد وأبو داود والأثرم . وفي لفظ قالت : قلت : إني صائمة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن المتطوع أمير نفسه . فإن شئت فصومي وإن شئت فأفطري ، ولأن كل صوم لو أتمه كان تطوعاً إذا خرج منه لم يجب قضاؤه كما لو اعتقد أنه من رمضان فبان من شعبان أو من شوال .

فأما خبرهم . فقال أبو داود : لا يثبت . وقال الترمذي : فيه مقال ، وضعفه الجوزجاني وغيره ثم هو محمول على الاستحباب .

إذا ثبت هذا : فإنه يستحب له إتمامه وإن خرج منه استحباب قضاؤه للخروج من الخلاف ، وعملاً بالخبر الذي روه .

(فصل) وسائر النوافل من الأعمال حكمها حكم الصيام في أنها لا تلزم بالشروع ، ولا يجب قضاؤها إذا خرج منها إلا الحج والعمرة فإنهما يخالفان سائر العبادات في هذا ، لتأكد إحرامهما . ولا يخرج منهما بإفسادهما ، ولو اعتقد أنهما واجبان ولم يكونا واجبين لم يكن له الخروج منهما . وقد روى عن أحمد في الصلاة ما يدل على أنها تلزم بالشروع . فان الأثرم قال : قلت لأبي عبد الله : الرجل يصبح صائماً متطوعاً أ يكون بالخيار ؟ والرجل يدخل في الصلاة له أن يقطعها ؟ فقال : الصلاة أشد . أما الصلاة فلا يقطعها . قيل له : فان قطعها قضاها ؟ قال : إن قضاها فليس فيه اختلاف ، ومال أبو إسحاق الجوزجاني إلى هذا القول ، وقال : الصلاة ذات إحرام وإحلال . فلزمت بالشروع فيها كالحج . وأكثر أصحابنا على أنها لا تلزم أيضاً . وهو قول ابن عباس ، لأن ما جاز ترك جميعه جاز ترك بعضه كالصدقة ، والحج والعمرة يخالفان غيرهما .

(فصل) ومن دخل في واجب كقضاء رمضان أو نذر معين أو مطلق أو صيام كفارة لم يحج له الخروج منه . لأن المتعين وجب عليه الدخول فيه ، وغير المتعين تعين بدخوله فيه ، فصار بمنزلة الفرض المتعين . وليس في هذا خلاف بحمد الله .

« مسألة ، قال (وإذا كان للغلام عشر سنين وأطاق الصيام أخذ به)

يعنى أنه يلزم الصيام يؤمر به ويضرب على تركه ليعتد عليه ويتبعده كما يلزم الصلاة ويؤمر بها . ومضى ذهب إلى أنه يؤمر بالصيام إذا أطاقه : عطاء والحسن وابن سيرين والزهرى وقتادة والشافعى . وقال الأوزاعى : إذا أطاق صوم ثلاثة أيام تباعاً لا يخور فيهن ولا يضعف حمل صوم شهر رمضان ، وقال إسحاق : إذا بلغ ثلثي عشرة أحب أن يكلف الصوم للعادة واعتباره بالعشر أولى . لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالضرب على الصلاة عندها ، واعتبار الصوم بالصلاة أحسن لقرب إحداها من الأخرى واجتماعهما في أنهما عبادتان بدنيّتان من أركان الإسلام ، إلا أن الصوم أشق فاعتبرت له الطائفة ، لأنه قد يطبق الصلاة من لا يطيقه .

(فصل) ولا يجب عليه الصوم حتى يبلغ ، قال أحمد في غلام احتلم : صام ولم يترك ، والجارية إذا حاضت . وهذا قول أكثر أهل العلم . وذهب بعض أصحابنا إلى إيجابه على الغلام المطلق له إذا بلغ عشرين . لما روى ابن جريج عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليبة عن أبيه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا أطاق الغلام صيام ثلاثة أيام وجب عليه صيام شهر رمضان ، ولأنه عبادة بدنية . أشبهه الصلاة . وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بأن يضرب على الصلاة من بلغ عشرين والمذهب الأول . قال القاضى : المذهب عندى رواية واحدة : أن الصلاة والصوم لا تجب حتى يبلغ . وما قاله أحمد فيمن ترك الصلاة يقضيها نحرله على الاستحباب وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » ، ولأنه عبادة بدنية فلم تجب على الصبي كالحج . وحديثهم مرسل ثم نحرله على الاستحباب ؛ وسماه واجباً تأكيذاً لاستحبابه : كقوله عليه السلام « غسل الجمعة واجب على كل محتلم » .

(فصل) إذا نوى الصبي الصوم من الليل فبلغ في أثناء النهار بالاحتلام

أو السن ، فقال القاضي : يتم صومه ولا قضاء عليه . لأن نية صوم رمضان حصلت ليلاً فيجزئه كالبالغ . ولا يمتنع أن يكون أول الصوم نفلاً وباقية فرضاً ، كما لو شرع في صوم يوم تطوعاً ثم فذر لإتمامه . واختار أبو الخطاب أنه يلزمه القضاء . لأنه عبادة بدئية بلغ في أثنائها بعد مضي بعض أركانها فلزمته إعادتها كالصلاة والحج إذا بلغ بعد الوقوف . وهذا لأنه يبلوغه يلزمه صوم جميعه والماضي قبل بلوغه نفل . فلم يحز عن الفرض . ولهذا لو نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم والناذر صائم لزمه القضاء . فأما ما مضى من الشهر قبل بلوغه فلا قضاء عليه ، وسواء كان قد صامه أو أفطره هذا قول عامة أهل العلم . وقال الأوزاعي : يقضيه إن كان أفطره وهو مطابق لصيامه .

ولنا : أنه زمن مضى في حال صباه فلم يلزمه قضاء الصوم فيه كما لو بلغ بعد انسلاخ رمضان . وإن بلغ الصبي وهو مقطر فهل يلزمه إمساك ذلك اليوم وقضاؤه؟ على روايتين .

« مسألة ، قال (وإذا أسلم الكافر في شهر رمضان صام ما يستقبل من بقية شهره) :

أما صوم ما يستقبله من بقية شهره فلا خلاف فيه . وأما قضاء ما مضى من الشهر قبل إسلامه فلا يجب وهذا قال الشعبي وقتادة ومالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي . وقال عطاء : عليه قضاؤه وعن الحسن كالأذهيين .

ولنا : أن ما مضى عبادة خرجت في حال كفره فلم يلزمه قضاؤه كالرمضان الماضي .

(فصل) فأما اليوم الذي أسلم فيه فإنه يلزمه إمساكه ويقضيه هذا المنصوص عن أحمد . وبه قال الماجشون وإسحق . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر : لا قضاء عليه . لأنه لم يدرك من زمن العبادة ما يمكنه التلبس بها فيه . فأشبه ما لو أسلم بعد خروج اليوم . وقد روى ذلك عن أحمد .

ولنا : أنه أدرك جزءاً من وقت العبادة فلزمته ، كما لو أدرك جزءاً من وقت الصلاة .

(فصل) فأما المجنون إذا أفاق في أثناء الشهر فعليه صوم ما بقي من الأيام بغير خلاف . وفي قضاء اليوم الذي أفاق فيه وإمساكه روايتان . ولا يلزمه قضاء ما مضى . وبهذا قال أبو ثور والشافعي في الجديد . وقال مالك : يقضى وإن مضى عليه سنون . وعن أحد مثله ، وهو قول الشافعي القديم . لأنه معنى يزيل العقل ، فلم يمنع وجوب الصوم كالإغماء . وقال أبو حنيفة : إن جن جميع الشهر فلا قضاء عليه ، وإن أفاق في أثناءه قضى ما مضى ، لأن المجنون لا ينافي الصوم . بدليل ما لو جن في أثناء الصوم لم يفسد . فإذا وجد في بعض الشهر وجب القضاء كالإغماء . ولنا : أنه معنى يزيل التكليف ، فلم يجب القضاء في زمانه كالصغر والكفر ويخص أبا حنيفة بأنه معنى لو وجد في جميع الشهر أسقط القضاء . فإذا وجد في بعضه أسقطه ، كالصغر والكفر ، ويفارق الإغماء في ذلك .

• مسألة ، قال (وإذا رأى هلال شهر رمضان وحده صام) .

المشهور في المذهب : أنه متى رأى الهلال واحد لزمه الصيام عدلاً كان أو غير عدل ، شهد عند الحاكم أو لم يشهد ، قبلت شهادته أو ردت . وهذا قول مالك والليث والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر . وقال عطاء وإسحق : لا يصوم ، وقد روى حنبل عن أحمد : لا يصوم إلا في جماعة الناس . وروى نحوه عن الحسن وابن سيرين ، لأنه يوم محكوم به من شعبان ، فأشبه التاسع والعشرين .

ولنا : أنه يتيقن أنه من رمضان فلزمه صومه كما لو حكم به الحاكم ، وكونه محكوماً به من شعبان ظاهر في حق غيره ، وأما في الباطن فهو يعلم أنه من رمضان فلزمه صيامه كالعدل .

(فصل) فإن أفطر ذلك اليوم بجماع فعليه الكفارة ، وقال أبو حنيفة : لا تجب ، لأنها عقوبة . فلا تجب بفعل مختلف فيه كالخلد .

ولنا : أنه أفطر يوماً من رمضان بجماع فوجب به عليه الكفارة كما لو قبلت شهادته ، ولا نسلم أن الكفارة عقوبة ، ثم قياسهم ينتقض بوجوب الكفارة في السفر القصير مع وقوع الخلاف فيه .

• مسألة ، قال (وإن كان عدلا صوم الناس بقوله) .

المشهور عن أحمد : أنه يقبل في هلال رمضان قول واحد عدل ويلزم الناس الصيام بقوله ، وهو قول عمر وعلى وابن عمر وابن المبارك والشافعي في الصحيح عنه ، وروى عن أحمد أنه قال : اثنين أعجب إلى ، قال أبو بكر : إن رآه وحده ثم قدم المصر صام الناس بقوله ، على ما روى في الحديث ، وإن كان الواحد في جماعة الناس فذكر أنه رآه دونهم لم يقبل إلا قول اثنين ، لأنهم يعمنون ما عين ، وقال عثمان بن عفان رضى الله عنه ، لا يقبل إلا شهادة اثنين ، وهو قول مالك والليث والأوزاعي وإسحق ، لما روى عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب ، أنه خطب الناس في اليوم الذي يشك فيه ، فقال : إني جالست أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وسألتهم ، ولأنهم حدثوني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : صوموا لرؤيته ، وأفطروا لرؤيته ، وانسكوا ، فإن غم عليكم فأتوا ثلاثين ، وإن شهد شاهدان ذوا عدل فصوموا وأفطروا ، رواه النسائي . ولأن هذه شهادة على رؤية الهلال . فأشبهت الشهادة على هلال شوال ، وقال أبو حنيفة في الغيم كقولنا . وفي الصحيح : لا يقبل إلا الاستفاضة ، لأنه لا يجوز أن تنظر الجماعة إلى مطلع الهلال وأبصارهم صحيحة ، والموانع مرتفعة ، فيراه واحد دون الباقيين .

ولنا : ما روى ابن عباس قال . « جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : رأيت الهلال . قال : أتشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ؟ قال : نعم . قال : يا بلال أذن في الناس فليصوموا غداً » . رواه أبو داود والنسائي والترمذي . وروى ابن عمر قال : تراءى الناس الهلال ، فأخبرت رسول الله صلى الله عليه وسلم إني رأيته . فصام وأمر الناس بصيامه . رواه أبو داود (١) ولأنه خبر عن وقت

(١) ليس في الخبرين أن الناس تراءوا الهلال فلم يره إلا واحد فهما في غير محل النزاع ولا سيما مع أبي حنيفة وهذا يبطل كل ما بنى عليهما . ولا يرد عليه العمل بشهادة الاثنين أيضاً إذ لأن عنده من الاستفاضة في هذه الحال ولا حجة برؤية حديد البصر لأنه نادر الوجود فلا ينافي برؤيته ما يتعلق بجمهور الأمة . وأما حكم الحاكم فيرفع كل خلاف تفادياً من الشقاق وتفرق الكلمة . وكتبه محمد رشيد رضا .

الفريضة فيما طريقه المشاهدة فقبل من واحد ، كالتخبر بدخول وقت الصلاة . ولأنه خبر ديني يشترك فيه المخبر والمخبر ، فقبل من واحد عدل كالرواية . وخبرهم إنما يدل بمفهومه . وخبرنا أشهر منه . وهو يدل بمنطوقه . فيجب تقديمه . وبفارق الخبر عن هلال شوال . فإنه خروج من العبادة وهذا دخل فيها . وحديثهم في هلال شوال يخالف مسألتنا ، وما ذكره أبو بكر وأبو حنيفة لا يصح . لأنه يجوز انفراد الواحد به مع لطافة المرنى وبعده . ويجوز أن تختلف معرفتهم بالمطلع ومواضع قصدهم وحدة نظرهم . ولهذا لو حكم برؤيته حاكم بشهادة واحد جائز ، ولو شهد شاهدان وجب قبول شهادتهما ، ولو كان عمتعا على ما قالوه لم يصح فيه حكم حاكم ولا يثبت بشهادة اثنين ، ومن منع ثبوته بشهادة اثنين رد عليه الخبر الأول ، وقياسه على سائر الحقوق وسائر الشهود . ولو أن جماعة في محفل فشهد اثنان منهم على رجل منهم أنه طلق زوجته أو أعتق عبده ، قبلت شهادتهما دون من أنكر ، ولو أن اثنين من أهل الجمعة شهدا على الخطيب أنه قال على المنبر في الخطبة شيئاً لم يشهد به غيرهما لقبلت شهادتهما . وكذلك لو شهدا عليه بفعل وإن كان غيرهما يشاركهما في سلامة السمع وصحة البصر (١) كذا ههنا .

(فصل) وإن أخبره مخبر برؤية الهلال يثق بقوله لزمه الصوم ، وإن لم يثبت ذلك عند الحاكم . لأنه خبر بوقت العبادة يشترك فيه المخبر والمخبر . أشبه الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والخبر عن دخول وقت الصلاة . ذكر ذلك ابن عقيل ، ومقتضى هذا : أنه يلزمه قبول الخبر ، وإن رده الحاكم . لأن رد الحاكم يجوز أن يكون لعدم علمه بحال المخبر . ولا يتعين ذلك في عدم العدالة ، وقد يحل الحاكم عدالة من يعلم غيره عدالته .

(١) هذا عجيب . والمعقول أن يكون عدم شهادة الجمع الكثير علة في سقوط شهادتهما . لأنهم حضروا وسمعوا ورأوا مثلهما . وللإمام ابن القيم كلام قيم جداً في هذا في كتاب الطرق الحسكية ينبض الرجوع إليه . فإنه تحقيق فقيه بصير .
وكتبه محمد حامد الفقي

(فصل) فإن كان المخبر امرأة فقياس المذهب قبول قولها . وهو قول أبي حنيفة وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأنه خبر ديني . فأشبهه الرواية ، والخبر عن القبلة ودخول وقت الصلاة ، ويحتمل أن لا تقبل . لأنه شهادة برؤية الهلال . فلم يقبل فيه قول امرأة كهلال شوال .

«مسألة ، قال (ولا يفطر إلا بشهادة اثنين) .

وجملة ذلك : أنه لا يقبل في هلال شوال إلا شهادة اثنين عدلين ، في قول الفقهاء جميعهم ، إلا أبا ثور فإنه قال : يقبل قول واحد . لأنه أحد طرفي شهر رمضان . أشبه الأول ، ولأنه خبر يستوى فيه المخبر والمخبر أشبه الرواية واخبار الديانات .

ولنا : خبر عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب ، وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه أجاز شهادة رجل واحد على رؤية الهلال ، وكان لا يجز على شهادة الاضطار إلا شهادة رجلين ، ولأنها شهادة على هلال لا يدخل بها في العبادة ، فلم تقبل فيه إلا شهادة اثنين كسائر الشهور . وهذا يفارق الخبر . لأن الخبر يقبل فيه قول المخبر مع وجود المخبر عنه وفلان عن فلان ، وهذا لا يقبل فيه ذلك فافترقا .

(فصل) ولا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ، ولا شهادة النساء المنفردات وإن كثرن ، وكذلك سائر الشهور . لأنه بما يطلع عليه الرجال وليس بمال ، ولا يقصد به المال . فأشبهه القصاص . وكان القياس يقتضي مثل ذلك في رمضان ولكن تركناه احتياطاً للعبادة .

(فصل) وإذا صاموا بشهادة اثنين ثلاثين يوماً ولم يروا هلال شوال أفطروا وجهاً واحداً ، وإن صاموا بشهادة واحد فلم يروا الهلال ففيه وجهان .

أحدهما : لا يفطرون . لقوله عليه السلام « وإن شهد اثنان فصوموا وأفطروا ، ولأنه فطر فلم يجز أن يستند إلى شهادة واحد ، كما لو شهد بهلال شوال .

والثاني : يفطرون . وهو منصوص الشافعي . ويحكي عن أبي حنيفة ، لأن الصوم إذا وجب وجب الفطر لاستكمال العدة لا بالشهادة ، وقد ثبت تبعاً ما لا يثبت

أصلاً . بدليل أن النسب لا يثبت بشهادة النساء ، وثبتت بها الولادة ، فإذا ثبتت الولادة ثبت النسب على وجه التبع للولادة كذا ههنا ، وإن صاموا لأجل الغيم لم يفطروا وجهاً واحداً . لأن الصوم إنما كان على وجه الاحتياط فلا يجوز الخروج منه بمثل ذلك . والله أعلم .

« مسألة ، قال (ولا يفطر إذا رآه وحده) .

وروى هذا عن مالك والليث . وقال الشافعي : يحل له أن يأكل حيث لا يراه أحد . لأنه يتيقنه من شوال . لحاز له إلا كل كما لو قامت به بيته .

ولنا ما روى أبو رجاء عن أبي قلابة « أن رجلين قدما المدينة ، وقد رأيا الهلال ، وقد أصبح الناس صياماً . فأتيا عمر . فذكرا ذلك له . فقال لأحدهما أصائم أنت ؟ قال : بل مفطر ، قال : ما حلك على هذا ؟ قال : لم أكن لأصوم وقد رأيت الهلال ، وقال للآخر ، قال : أنا صائم ، قال : ما حلك على هذا ؟ قال : لم أكن لأفطر والناس صيام ، فقال للذي أفطر : لولا مكان هذا لأوجمت رأسك . ثم نودي في الناس : أن اخرجوا ، أخرجه سعيد عن ابن علية عن أيوب عن أبي رجاء ، وإنما أراد ضربه لإفطاره برؤيته ، ودفع عنه الضرب لسكال الشهادة به وبصاحبه ، ولو جاز له الفطر لما أنكر عليه ولا وعده ، وقالت عائشة « إنما يفطر يوم الفطر الإمام وجماعة المسلمين » ، ولم يعرف لهما مخالف في عصرهما . فكان لإجماعا ، ولأنه يوم محكوم به من رمضان ، فلم يجوز الفطر فيه كالיום الذي قبله ، وفارق ما إذا قامت البيعة . فإنه محكوم به من شوال ، بخلاف مسألتنا .

وقولهم : إنه يتيقن أنه من شوال ، قلنا : لا يثبت اليقين . لأنه يحتمل أن يكون الرائي خيل إليه . كما روى أن رجلاً في زمن عمر قال « لقد رأيت الهلال ، فقال له : امسح عينك ، فمسحها ، ثم قال له : تراه ؟ قال : لا قال لعل شعرة من حاجبك تقوست على عينك فظننتها هلالاً » أو ما هذا معناه .

(فصل) فإن رآه اثنان ولم يشهدا عند الحاكم جاز لمن سمع شهادتهما الفطر

إذا عرف عدالتهما وأكل واحد منهما الفطر بقولهما . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « وإذا شهد اثنان فصوموا وأفطروا » ، وإن شهدا عند الحاكم فرد شهادتهما لجهله بهما فلم يعلم عدالتهما الفطر بقولهما . لأن رد الحاكم ههنا ليس بحكم منه . وإنما هو توقف لعدم علمه . فهو كالوقوف عن الحكم انتظاراً للبيئة ، ولهذا لو ثبتت عدالتهما بعد ذلك حكم بها ، وإن لم يعرف أحدهما عدالة صاحبه لم يجوز له الفطر ، إلا أن يحكم بذلك الحاكم ، لئلا يفطر برؤيته وحده :

« مسألة ، قال (وإذا اشتبهت الأشهر على الأسير ، فإن همام شهرأ يريد به شهر رمضان فوافقه أو ما بعده أجزأه . وإن وافق ما قبله لم يجزه .

وجملته : أن من كان محبوساً أو مطموراً ، أو في بعض النواحي النائية عن الأوصار لا يمكنه تعرف الأشهر بالخبر فاشتبهت عليه الأشهر . فإنه يتحرى ويجتهد ، فإذا غلب على ظنه عن أمانة تقوم في نفسه دخول شهر رمضان صامه ، ولا يغلو من أربعة أحوال .

أحدها : أن لا ينكشف له الحال . فإن صومه صحيح ، ويجزئه . لأنه أدى فرضه باجتهاده . فأجزأه كما لو صلى في يوم النيم بالاجتهاد .

الثاني : أن ينكشف له أنه وافق الشهر أو ما بعده . فإنه يجزئه في قول عامة الفقهاء ، وحكى عن الحسن بن صالح . أنه لا يجزئه في هاتين الحالتين ، لأنه صامه على الشك . فلم يجزئه كما لو صام يوم الشك فبان من رمضان . وليس بصحيح . لأنه أدى فرضه بالاجتهاد في محله ، فإذا أصاب أو لم يعلم الحال أجزأه كالقبلة إذا اشتبهت ، أو الصلاة في يوم النيم إذا اشتبه وقتها . وفارق يوم الشك ، فإنه ليس بمحل الاجتهاد ، فإن الشرع أمر بالصوم عند أمانة عينها فلم توجد لم يجز الصوم .

الحال الثالث : وافق قبل الشهر فلا يجزئه في قول عامة الفقهاء ، وقال بعض الشافعية : يجزئه في أحد الوجهين ، كما لو اشتبه يوم عرفة فوقفوا قبله .

ولنا : أنه أتى بالعبادة قبل وقتها فلم يجزئه كالصلاة في يوم النيم . وأما الحج

فلا نسليه إلا فيما إذا أخطأ الناس كلهم لعظم المشقة عليهم ، وإن وقع ذلك لنفر منهم لم يجزئهم ، ولأن ذلك لا يؤمن مثله في القضاء بخلاف الصوم .

الحال الرابع : أن يوافق بعضه رمضان دون بعض ، فها وافق رمضان أو بعده أجزأه ، وما وافق قبله لم يجزئه .

(فصل) ولذا وافق صومه بعد الشهر اعتبر أن يكون ما صامه بعدة أيام شهره الذي فاتته سواء وافق ما بين هلالين أو لم يوافق ، وسواء كان الشهران تامين أو ناقصين ، ولا يجزئه أقل من ذلك ، وقال القاضى : ظاهر كلام الحرقى : أنه إذا وافق شهراً بين هلالين أجزأه ، سواء كان الشهران تامين أو ناقصين ، أو أحدهما تاماً والآخر ناقصاً ، وليس بصحيح . فإن الله تعالى قال (فعدة من أيام أخر) ولأنه فاتته شهر رمضان فوجب أن يكون صيامه بعدة ما فاتته ، كالمرضى والمسافر ، وليس في كلام الحرقى تعرض لهذا التفصيل . فلا يجوز حمل كلامه على ما يخالف الكتاب والصواب .

فإن قيل : أليس إذا نذر صوم شهر يجزئه ما بين هلالين .

قلنا : الإطلاق يحمل على ما تناوله الاسم ، والاسم يتناول ما بين الهلالين . وههنا يجب قضاء ما ترك . فيجب أن يراعى فيه عدة المتروك ، كما أن من نذر صلاة أجزأه ركعتان ، ولو ترك صلاة وجب قضاؤها بعدة ركعاتها ، كذلك ههنا الواجب بعدة ما فاتته من الأيام سواء كان ما صامه بين هلالين أو من شهرين ، فإن دخل في صيامه يوم عيد لم يعتد به ، وإن وافق أيام التشريق ، فهل يعتد بها ؟ على روايتين بناء على صحة صومها عن الفرض .

(فصل) وإن لم يقلب على ظن الأسير دخول رمضان فصام لم يجزئه وإن وافق الشهر . لأنه صامه على الشك فلم يجزئه ، كالمو نوى ليلة الشك : إن كان غداً من رمضان فهو فرضى ، وإن غلب على ظنه من غير أمانة فقال القاضى : عليه العيाम ، ويقضى إذا عرف الشهر ، كالذى خفيت عليه دلائل القبلة ويصل على حسب حاله ويعيد ، وذكر أبو بكر فيمن خفيت عليه دلائل القبلة هل يعيد ؟ على وجهين . كذلك يخرج على قوله ههنا ، وظاهر كلام الحرقى : أنه يتحرى ،

فتى غلب على ظنه دخول الشهر صح صومه ، وإن لم يبن على دليل . لانه ليس في وسعه معرفة الدليل . ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها . وقد ذكرنا مثل هذا في القيلة .

(فصل) وإذا صام قطعاً فوافق شهر رمضان لم يجزئه . نص عليه أحمد . وبه قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي : يجزئه . وهذا يبنى على تعيين النية لرمضان وقد مضى القول فيه .

« مسألة ، قال (ولا يصام يوما العيدين ، ولا أيام التشريق ، لا عن فرض ولا عن تطوع . فإن قصد لصيامها كان عاصيا ، ولم يجزئه عن الفرض) .

أجمع أهل العلم على أن صومى العيدين منى عنه عزم في التطوع والنذر المطلق والقضاء والكفارة ، وذلك لما روى أبو عبيد مولى بن أضر قال : شهدت العيد مع عمر بن الخطاب ، فجاء فصلى ثم انصرف ، فخطب الناس . فقال . إن هذين يومين نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيامهما . يوم فطرکم من صيامکم ، والآخر يوم تأكلون فيه من نسكکم » وعن أبي هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام يومين يوم فطر ويوم اضحى ، وعن أبي سعيد مثله . متفق عليهما ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه وتحريمه . وأما صومهما عن النذر المعين ففيه خلاف . نذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى

« مسألة ، قال (وفي أيام التشريق عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه يصومها عن الفرض) .

وجملة ذلك : أن أيام التشريق منى عن صيامها أيضاً . لما روى نبیشة الهذلي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيام التشريق أيام أكل وشرب وذكر لله عز وجل » متفق عليه ، وروى عن عبد الله بن حذافة قال « بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أيام منى أناذى . أيها الناس ، إنما أيام أكل وشرب وبهال ، إلا أنه من رواية الواقدي وهو ضعيف ، وعن عمرو بن العاص أنه قال « هذه الأيام التي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بإفطارها وينهى عن صيامها ، قال مالك : وهي أيام التشريق ، رواه أبو داود .

ولا يحل صيامها تطوعاً في قول أكثر أهل العلم ، وعن ابن الزبير : أنه كان يصومها ، وروى نحو ذلك عن ابن عمر والأسود بن يزيد ، وعن أبي طلحة : أنه كان لا يفطر إلا يومى العيد . والظاهر : أن هؤلاء لم يبلغهم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيامها ولو بلغهم لم يعدوه إلى غيره ، وقد روى أبو مرة مولى أم هانئ : أنه دخل مع عبد الله بن عمرو على أبيه عمرو بن العاص ، فقرب إليهما طعاماً ، فقال : كل ، فقال : إني صائم ، فقال عمرو : كل ، فهذه الأيام التي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بإفطارها وينهى عن صيامها ، والظاهر أن عبد الله بن عمرو أفطر لما بلغه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وأما صومها للفرص ففيه روايتان . إحداهما : لا يجوز . لأنه منهى عن صومها . فأشبهت يومى العيد . والثانية : يصح صومها للفرص . لما روى عن ابن عمرو وعائشة أنهما قالاهما : لم يرخص في أيام التشريق أن يصمن إلا لمن لم يجد الهدى ، أى المتمتع إذا عدم الهدى . وهو حديث صحيح رواه البخارى . ويقاس عليه كل مفروض (١)

(فصل) ويكره لإفراد يوم الجمعة بالصوم إلا أن يوافق ذلك صوماً كان يصومه ، مثل من يصوم يوماً ويفطر يوماً فيوافق صومه يوم الجمعة . ومن عادته صوم أول يوم من الشهر أو آخره أو يوم نصفه ونحو ذلك . نص عليه أحمد في رواية الأثرم ، قال قيل لأبي عبد الله : صيام يوم الجمعة ؟ فذكر حديث النهى أن يفرد . ثم قال : إلا أن يكون في صيام كان يصومه . وأما أن يفرد فلا . قال : قلت : رجل كان يصوم يوماً ويفطر يوماً فوقع فطره يوم الخميس . وصومه يوم الجمعة . وفطره يوم السبت ، فصام الجمعة مفرداً . فقال : هذا الآن لم يتعمد صومه خاصة . إنما كره أن يتعمد الجمعة ، وقال أبو حنيفة ومالك : لا يكره لإفراد الجمعة لأنه يوم . فأشبهه سائر الأيام .

ولنا : ما روى أبو هريرة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يصومن أحدكم يوم الجمعة إلا يوماً قبله أو بعده » وقال محمد بن عباد : سألت

(١) القياس هنا مصادم لنص الحديث القطعى بصيغة الحصر بالإثبات بعد التنقيح .

جاء برأ أنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صوم يوم الجمعة ؟ قال : نعم ، متفق عليهما وعن جويرية بنت الحارث ، أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها يوم الجمعة وهي صائمة ، فقال : أصمت أمس ؟ قالت : لا . قال : أتريدين أن تصومي غداً ؟ قالت : لا . قال : فافطري ، رواه البخارى وفيه أحاديث سوى هذه . وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبع . وهذا الحديث يدل على أن المكروه لإفراده ، لأن نهيهِ معلل بكونها لم تصم أمس ولا غداً .

(فصل) قال أصحابنا : يكره لإفراد يوم السبت بالصوم . لما روى عبد الله بن بسر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم ، أخرجه الترمذى ، وقال : هذا حديث حسن . وروى أيضاً عن عبد الله بن بسر عن أخته الصماء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم ، فإن لم يجد أحدكم إلا لحاء عنب أو عود شجرة فليعضه ، أخرجه أبو داود . وقال : لسم أخت عبد الله بن بسر هجيمة أو جهميمة قال الأثرم : قال أبو عبد الله : أما صيام يوم السبت يفترده فقد جاء فيه حديث الصماء . وكان يحيى بن سعيد يتيقه ، أى أن يحدثنى به . وسمعت من أبي عاصم ، والمكروه لإفراده . فإن صام معه غيره لم يكره . لحديث أبي هريرة وجويرية ، وإن وافق صوماً لا إنسان لم يكره لما قدمناه . وقال أصحابنا : يكره لإفراد يوم النيروز ويوم المهرجان . بالصوم لأنهما يؤمان يعظمهما الكفار . فيكون تخصيصهما بالصيام دون غيرهما موافقة لهم في تعظيمهما . فكره كيوم السبت . وعلى قياس هذا : كل عيد للكفار أو يوم يفردونه بالتعظيم .

(فصل) ويكره لإفراد رجب بالصوم . قال أحمد : وإن صامه رجل أفطر فيه يوماً أو أياماً بقدر ما لا يصومه كله ، ووجه ذلك . ما روى أحمد بإسناده عن خرشة بن الجر قال : رأيت عمر يضرب أكف المترجبين حتى يضعوها في الطعام ويقول : كلوا فإنما هو شهر كانت تعظمه الجاهلية ، وإسناده عن ابن عمر أنه كان إذا رأى الناس وما يعدون لرجب كرهه ، وقال : صوموا منه وأفطروا ،

وعن ابن عباس نحوه . وبإسناده عن أبي بكرة « أنه دخل على أهله وعندهم سلال جدد وكيزان ، فقال : ما هذا ؟ فقالوا رجب نصومه . قال : أ جعلتم رجب رمضان فأكفأ السلال ، وكسر الكيزان » قال أحمد : من كان يصوم السنة صامه وإلا فلا يصومه متوالياً يفطر فيه . ولا يشبهه برمضان .

(فصل) وروى أبو قتادة قال : قيل « يا رسول الله ، فكيف بمن صام الدهر » قال : لا صام ولا أفطر ، أو لم يصم ولم يفطر ، قال الترمذى : هذا حديث حسن . وعن أبي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من صام الدهر ضيق عليه جهنم » قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : فسر مسدد قول أبي موسى « من صام الدهر ضيق عليه جهنم » ، فلا يدخلها . فضحك وقال : من قال هذا ؟ فأين حديث عبد الله بن عمرو « أن النبي صلى الله عليه وسلم كره ذلك » وما فيه من الأحاديث ؟ قال أبو الخطاب : إنما يكره إذا أدخل فيه يومى العيدين وأيام التشريق لأن أحمد قال : إذا أفطر يومى العيدين وأيام التشريق رجوت أن لا يكون بذلك بأس . وروى نحو هذا عن مالك . وهو قول الثشافعى . لأن جماعة من الصحابة كانوا يسردون الصوم ، منهم أبو طلحة ، قيل : لأنه صام بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم أربعين سنة .

والذى يقوى عندى : أن صوم الدهر مكروه ، وإن لم يصم هذه الأيام ، فإن صامها قد فعل محرماً . وإنما كره صوم الدهر لما فيه من المشقة والضعف ، وشبه التبتل المنهى عنه . بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن عمرو « إنك لتصوم الدهر وتقوم الليل ؟ قلت : نعم . قال : إنك إذا فعلت ذلك هجمت له عينك ونفثت له النفس ، لا صام من صام الدهر ، صوم ثلاثة أيام صوم الدهر كله قلت : فإنى أطيق أكثر من ذلك . قال : فصم صوم داود ، كان يصوم يوماً ويفطر يوماً . ولا يفطر إلا فى رقى - رواية : وهو أفضل الصيام - قلت : إنى أطيق أفضل من ذلك . قال : لا أفضل من ذلك » رواه البخارى .

« مسألة » قال (وإذا روى الهلال نهاراً قبل الزوال أو بعده فهو ليلة المقبلة) .

وجملة ذلك : أن المشهور عن أحمد ، أن الهلال إذا روى نهاراً قبل الزوال أو بعده ، وكان ذلك في آخر رمضان . لم يفطروا برؤيته . وهذا قول ابن مسعود وابن عمر وأنس والأوزاعي ومالك والليث والشافعي وإسحاق وأبي حنيفة . وقال الثوري وأبو يوسف . إن روى قبل الزوال فهو لليلة الماضية ، وإن كان بعده فهو لليلة المقبلة . وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه . رواه سعيد . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، وقد رآه ، فيجب الصوم والفطر . ولأن ما قبل الزوال أقرب إلى الماضية . وحكى هذا رواية عن أحمد .

ولنا : ما روى أبو وائل قال « جاءنا كتاب عمر — ونحن بخانقين — أن الأهل بعضها أكبر من بعض . فإذا رأيتم الهلال نهاراً فلا تفطروا حتى تمسوا . إلا أن يشهد رجلان أنهما رآياه بالأمس عشي » ولأنه قول ابن مسعود وابن عباس ومن سمينا من الصحابة . وخبرهم محمول على ما إذا روى شعبة . بدليل ما لو روى بعد الزوال . ثم إن الخبر إنما يقتضي الصوم والفطر من الغد . بدليل ما لو رآه عشي . فأما إن كانت الرؤية في أول رمضان ، فالصحيح أيضاً . أنه لليلة المقبلة . وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي . وعن أحمد رواية أخرى . أنه للماضية . فيلزم قضاء ذلك اليوم ولمسك بقيته احتياطاً للعبادة . والاول أصح . لأن ما كان لليلة المقبلة في آخره فهو لها في أوله كما لو روى بعد العصر .

« مسألة » قال (والاختيار تأخير السحور وتعجيل الفطر) .

السلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : في السحور . والسلام فيه في ثلاثة أشياء :

أحدها : في استحبابه . ولا نعلم فيه بين العلماء خلافاً . وقد روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تسحروا ، فإن في السحور بركة » متفق عليه . وعن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر » أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي وقال : حديث حسن صحيح . وروى الإمام أحمد بإسناده عن أبي سعيد قال : قال رسول الله صلى الله

عليه وسلم « السحور بركة . فلا تدعوه ، ولو أن يجرع أحدكم جرعة من ماء . فإن الله وملائكته يصلون على المتسحرين » .

الثاني في وقته . قال أحمد : يعجنى تأخير السحور . . لما روى زيد بن ثابت قال : تسحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قننا إلى الصلاة . قلت : كم كان قدر ذلك ؟ قال : خمسين آية ، متفق عليه . وروى العرياض بن سارية قال : دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى السحور ، فقال : هلم إلى الغداء المبارك . رواه أبو داود والبيهقي . سماه غداء لقرب وقته منه . ولأن المقصود بالسحور التقوى على الصوم ، وما كان أقرب إلى الفجر كان أعون على الصوم . قال أبو داود : قال أبو عبد الله : إذا شك في الفجر يأكل حتى يستيقن طلوعه . وهذا قول ابن عباس وعطاء والأوزاعي . قال أحمد : يقول الله تعالى (٢ : ١٩٢) وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا يمنعكم من سحوركم أذان بلال ، ولا الفجر المستطيل ، ولا يمكن الفجر المستطير في الأفق ، قال الترمذي : هذا حديث حسن . وروى أبو قلابة قال : قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه وهو يتسحر « يا غلام اخف الباب لا يفجأنا الصبح » وقال رجل لابن عباس « إني أتسحر . فإذا شككت أمسكت . فقال ابن عباس : كل ما شككت ، حتى لا تشك ، فأما الجماع فلا يستحب تأخيره . لأنه ليس بما يقوى به . وفيه خطر وجوب الكفارة وحصول الفطر به .

الثالث : فيما يتسحر به . وكل ما حصل من أكل أو شرب حصل به فضيلة السحور . لقوله عليه السلام « ولو أن يجرع أحدكم جرعة من ماء ، وروى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « نعم سحور المؤمن التمر » رواه أبو داود .

(الفصل الثاني) في تسجيل الفطر . وفيه أمور ثلاثة :

أحدهما : في استجابته . وهو قول أكثر أهل العلم . لما روى سهل بن سعد الساعدي : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تزال أمتي بخير ما عجّلوا الفطر ، متفق عليه . وعن أبي عطية قال « دخلت أنا ومسروق على عائشة . فقال مسروق : رجلان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما يعمل الإفطار ويعمل

المغرب ، والآخر يؤخر الإفطار ويؤخر المغرب ؟ قالت : من الذى يجعل الإفطار ويعجل المغرب ؟ قال عبد الله . قالت : هكذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصنع ، رواه مسلم . وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الله تعالى : أحب عبادى إلى ، أسرعهم فطراً ، قال الترمذى : هذا حديث حسن غريب . وقال أنس : ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى حتى يفطر ولو على شربة من ماء ، رواه ابن عبد البر .

الثانى : فيما يفطر عليه . يستحب أن يفطر على رطبات . فإن لم يكن فعلى تمرات فإن لم يكن فعلى الماء . لما روى أنس قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفطر على رطبات قبل أن يصلى . فإن لم يكن فعلى تمرات . فإن لم يكن تمرات حسا حسوات من ماء ، رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن غريب . وعن سليمان بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا أفطر أحدكم فليفطر على تمر . فإن لم يجد فليفطر على الماء فإنه طهور ، أخرجه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح .

الثالث : فى الوصال . وهو أن لا يفطر بين اليومين بأكل ولا شرب . وهو مكروه فى قول أكثر أهل العلم . وروى عن ابن الزبير أنه كان يواصل اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم .

ولنا : ما روى ابن عمر قال : « واصل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رمضان . فواصل الناس . فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الوصال . فقالوا : إنك تواصل . قال : إنى لست مثلكم . إنى أطعم وأسقى ، متفق عليه . وهذا يقتضى اختصاصه بذلك ، ومنع إلحاق غيره به . وقوله « إنى أطعم وأسقى » ، يحتمل أنه يريد أنه يعان على الصيام ويفنيه الله تعالى عن الشراب والطعام بمنزلة من طعم وشرب . ويحتمل أنه أراد : إنى أطعم حقيقة وأسقى حقيقة ، حملا للفظ على حقيقته . والاول أظهر . لوجهين :

أحدهما : أنه لو طعم وشرب حقيقة لم يكن مواصلا . وقد أقرهم على قولهم « إنك تواصل » .

والثاني : إنه قد روى أنه قال : إني أظن يطعمني ربي ويسقيني ، وهذا يقتضى أنه فى النهار ولا يجوز إلا كل فى النهار له ولا لغيره .

إذا ثبت : هذا فإن الوصال غير محرم . وظاهر قول الشافعى : أنه محرم تقريراً لظاهر النهى فى التحريم .

ولنا : أنه ترك الأكل والشرب المباح ، فلم يكن محرماً ، كما لو تركه فى حال الفطر .

فإن قيل : فصوم يوم العيد محرم مع كونه تركاً للأكل والشرب المباح .

قلنا : ما حرم ترك الأكل والشرب بنفسه . وإنما حرم بذية الصوم . ولهذا لو تركه من غير نية الصوم لم يكن محرماً . وأما النهى فإنما أتى به رحمة لهم ورفعاً بهم لما فيه من المشقة عليهم ، كما نهى عبد الله بن عمرو عن صيام النهار وقيام الليل ، وعن قراءة القرآن فى أقل من ثلاث . قالت عائشة : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الوصال رحمة لهم ، وهذا لا يقتضى التحريم . ولهذا لم يفهم منه أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم التحريم . بدليل أنهم واصلوا بعده . ولو فهموا منه التحريم لما استجازوا فعله . قال أبو هريرة : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الوصال فلما أبوا أن يفتها واصل بهم يوماً ويوماً ثم رأوا الهلال . فقال : لو تأخر لزدنكم كما نسلكم لهم حين أبوا أن يفتها : متفق عليه . فإن واصل من سحر إلى سحر جاز . لما روى أبو سعيد أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا تواصلوا . فأبكم أراد أن يواصل فليواصل حتى السحر : أخرجه البخارى . وتعجيل الفطر أفضل لما قدمناه :

(فصل) ويستحب تغطير الصائم . لما روى زيد بن خالد الجهنى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : من فطر صائماً كان له مثل أجره من غير أن ينقص من أجر الصائم شيء . قال الترمذى . هذا حديث حسن صحيح .

(فصل) روى ابن عباس قال . كان النبى صلى الله عليه وسلم إذا أفطر قال . اللهم لك صمتنا ، وعلى رزقك أفطرننا ، فتقبل منا إنك أنت السميع العليم . وعن ابن عمر قال . كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أفطر يقول . ذهب الظمأ ،

وابتقلت العروق ، وثبت الأجر إن شاء الله ، وإسناده حسن ذكرهما الدارقطني .
 • مسألة ، قال (ومن صام شهر رمضان وأتبعه بست من شوال . وإن فرقها
 فكأنما صام الدهر) .

وجله ذلك : أن صوم ستة أيام من شوال مستحب عند كثير من أهل العلم .
 روى ذلك عن كعب الأحبار والشعبي وميمون بن مهران . وبه قال الشافعي .
 وكرهه مالك . وقال ما رأيت أحداً من أهل الفقه يصومها ، ولم يبلغني ذلك عن
 أحد من السلف ، وأن أهل العلم يكرهون ذلك ويخافون بدعته ، وأن يلحق برمضان
 ما ليس منه .

ولنا : ما روى أبو أيوب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صام
 رمضان وأتبعه ستاً من شوال فكأنما صام الدهر » ، رواه أبو داود والترمذي وقال :
 حديث حسن وقال أحمد : هو من ثلاثة أوجه عن النبي صلى الله عليه وسلم . وروى
 سعيد بإسناده عن ثوبان . قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صام رمضان
 شهر بعشرة أشهر وصام ستة أيام بعد الفطر . وذلك تمام سنة ، يعني أن الحسنة
 بعشر أمثالها . فالشهر بعشرة والسته بستين يوماً . فذلك اثنا عشر شهراً وهو سنة
 كاملة . ولا يجرى هذا بجرى التقديم لرمضان . لأن يوم الفطر فاصل .

فإن قيل : فلا دليل في هذا الحديث على فضيلتها . لأن النبي صلى الله عليه وسلم
 شبه صيامها بصيام الدهر . وهو مكروه .

قلنا : إنما كره صوم الدهر لما فيه من الضعف والتشبيه بالتبطل ، لولا ذلك
 لكان ذلك فضلاً عظيماً لاستغراقه الإيمان بالعبادة والطاعة والمراد بالخبر التشبيه به
 في حصول العبادة به على وجه عرى عن المشقة كما قال عليه السلام « من صام ثلاثة
 أيام من كل شهر كان كمن صام الدهر » ذكر ذلك حثاً على صيامها وبيان فضلها .
 ولا خلاف في استحبابها . ونهى عبد الله بن عمرو عن قراءة القرآن في أقل من
 ثلاث وقال « من قرأ (قل هو الله أحد) فكأنما قرأ ثلث القرآن » أراد التشبيه
 بثلث القرآن في الفضل لا في كراهة الزيادة عليه .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين كونها متتابعة أو مفارقة في أول الشهر أو في آخره

لأن الحديث ورد بها مطلقاً من غير قيد . ولأن فضيلتها لكونها تصير مع الشهر ستة وثلاثين يوماً والحسنة بعشر أمثالها . فيكون ذلك كثلاثمائة وستين يوماً وهو السنة كلها . فإذا وجد ذلك في كل سنة صار كصيام الدهر كله . وهذا المعنى يحصل مع التفريق . والله أعلم .

• مسألة ، قال (وصيام عاشوراء كفارة سنة ويوم عرفة كفارة سنتين) .
وجملته : أن صيام هذين اليومين مستحب . لما روى أبو قتادة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « صيام عرفة إني أحتسب على الله أن يكفر السنة التي قبله والسنة التي بعده » ، وقال في صيام عاشوراء . إني أحتسب على الله أن يكفر السنة التي قبله ، أخرجه مسلم .

إذا ثبت هذا : فإن عاشوراء هو اليوم العاشر من المحرم . وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن . لما روى ابن عباس قال « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بصوم يوم عاشوراء العاشر من المحرم . رواه الترمذي وقال : حديث حسن صحيح . وروى عن ابن عباس أنه قال : التاسع . وروى « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصوم التاسع » أخرجه مسلم بمعناه . وروى عنه عطاء أنه قال « صوموا التاسع والعاشر ولا تشبهوا باليهود » .

إذا ثبت هذا : فإنه يستحب صوم التاسع والعاشر لذلك . نص عليه أحمد . وهو قول إسحاق . قال أحمد : فإن اشتبه عليه أول الشهر صام ثلاثة أيام وإنما يفعل ذلك ليتيقن صوم التاسع والعاشر .

(فصل) واختلاف في صوم عاشوراء ، هل كان واجباً ؟ فذهب القاضي إلى أنه لم يكن واجباً . وقال هذا قياس المذهب . واستدل بشيئين :

أحدهما : « أن النبي صلى الله عليه وسلم ، أمر .ن لم يأكل بالصوم ، والنية في الليل شرط في الواجب .

والثاني : أنه لم يأمر من أكل بالقضاء . ويشهد لهذا ما روى معاوية قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول . إن هذا يوم عاشوراء ، لم يكتب الله عليكم صيامه . فمن شاء فليصمه ومن شاء فليفطر » وهو حديث صحيح . وروى

عن أحد : أنه كان مفروضاً . لما روت عائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم صامه وأمر بصيامه . فلما افترض رمضان كان هو الفريضة وترك عاشوراء ، فمن شاء صامه ومن شاء تركه » وهو حديث صحيح . وحديث معاوية يحمل على أنه أراد ليس هو مكتوباً عليكم الآن وأما تصحيحه بنية من النهار وترك الأمر بقضائه ، فيحتمل أن نقول . من لم يدرك اليوم بكامله لم يلزمه قضاؤه ، كما قلنا فيمن أسلم وبلغ في أثناء يوم من رمضان ، على أنه قد روى أبو داود ، أن أسلم أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : صمت يومكم هذا ؟ قالوا : لا . قال : فأتسموا بقيسة يومكم واقضوه .

(فصل) فاما يوم عرفة فهو اليوم التاسع من ذى الحجة ، سمي بذلك . لأن الوقوف بعرفة فيه . وقيل : سمي يوم عرفة . لأن إبراهيم عليه السلام أرى في المنام ليلة التروية أنه يؤمر بذبح ابنه فأصبح يومه يتروى ، هل هذا من الله أو حمله ؟ فسمى يوم التروية . فلما كانت الليلة الثانية رآه أيضاً فأصبح يوم عرفة ، فعرف أنه من الله ، فسمى يوم عرفة . وهو يوم شريف عظيم وعيد كريم ، وفضله كبير وقد صرح عن النبي صلى الله عليه وسلم أن صيامه يكفر سنتين .

(فصل) وأيام عشر ذى الحجة كلها شريفة مفضلة يضائف العمل فيها . ويستحب الاجتهاد في العبادة فيها . لما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما من أيام العمل الصالح فيهن أحب إلى الله من هذه الأيام العشر . قالوا : يا رسول الله ، ولا الجهاد في سبيل الله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ولا الجهاد في سبيل الله إلا رجلاً خرج بنفسه وماله ، فلم يرجع من ذلك بشيء » وهو حديث حسن صحيح . وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما من أيام أحب إلى الله عز وجل أن يتعب له فيها من عشر ذى الحجة ، يعدل صيام كل يوم منها بصيام سنة وقيام كل ليلة منها بقيام ليلة القدر » وهذا حديث غريب أخرجه الترمذى . وروى أبو داود بإسناده عن بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصوم تسع ذى الحجة ويوم عاشوراء »

« مسألة » قال (ولا يستحب لمن كان بعرفة أن يصوم ليتقوى على الدماء)

أكثر أهل العلم يستحبون الفطر يوم عرفة بعرفة . وكانت عائشة وابن الزبير يصومانه وقال قتادة : لا بأس به إذا لم يضعف عن الدعاء . وقال عطاء : أصوم في الشتاء ولا أصوم في الصيف . لأن كراهة صومه إنما هي معلقة بالضعف عن الدعاء . فإذا قوى عليه أو كان في الشتاء لم يضعف فتزول الكراهة .

ولنا : ما روى عن أم الفضل بنت الحارث « أن ناساً تماروا بين يديها يوم عرفة في رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بعضهم : صائم . وقال بعضهم : ليس بصائم . فأرسلت إليه بقدر من لبن وهو واقف على بعيره بعرفات ، فشربه النبي صلى الله عليه وسلم ، متفق عليه . وقال ابن عمر « حججت مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم يصمه - يعني يوم عرفة - ومع أبي بكر فلم يصمه ، ومع عمر فلم يصمه ؛ ومع عثمان فلم يصمه ، وأنا لا أصومه ولا آمر به ولا أنهي عنه » أخرجه الترمذى وقال . حديث حسن وروى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن صيام يوم عرفة بعرفة ، ولأن الصوم يضعفه ويمنعه الدعاء في هذا اليوم المعظم الذي يستجاب فيه الدعاء في ذلك الموقف الشريف الذي يقصد من كل فج عميق رجاء فضل الله فيه وإجابة دعائه به . فكان تركه أفضل .

(فصل) وروى عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أفضل الصيام بعد شهر رمضان شهر الله المحرم رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن .

(فصل) وأفضل الصيام أن تصوم يوماً وتفطر يوماً ، لما روى عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له « صم يوماً وأفطر يوماً . فذلك صيام داود . وهو أفضل الصيام فقلت ؛ إنى أطيق أفضل من ذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا أفضل من ذلك ، متفق عليه .

(فصل) وروى أبو داود بإسناده عن أسامة بن زيد « أن نبي الله صلى الله عليه وسلم كان يصوم يوم الاثنين والخميس فسل عن ذلك فقال : إن أعمال الناس تعرض يوم الاثنين والخميس . »

«مسألة، قال (وأيام البيض، التي حض رسول الله صلى الله عليه وسلم على صيامها هي الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر)

وجملة ذلك . أن صيام ثلاثة أيام من كل شهر مستحب . لا نعلم فيه خلافاً ، وقد روى أبو هريرة قال « أوصاني خليلي بثلاث : صيام ثلاثة أيام من كل شهر ، وركعتي الضحى . وأن أوتر قبل أن أنام » وعن عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له « صم من الشهر ثلاثة أيام . فإن الحسنة بعشر أمثالها . وذلك مل صيام الدهر » متفق عليهما .

ويستحب أن يجمع هذه الثلاثة أيام البيض . لما روى أبو ذر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أبا ذر إذا صمت من الشهر فصم ثلاث عشرة وأربع عشرة وخمس عشرة » أخرجه الترمذى وقال : حديث حسن ، وروى النسائي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأعرابي « كل ، قال : إني صائم . قال : صوم ماذا ؟ قال : صوم ثلاثة أيام من الشهر . قال : إن كنت صائماً فمليك بالغر البيض : ثلاث عشرة ، وأربع عشرة ، وخمس عشرة ، وعن ملحان القيسي قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا أن نصوم البيض : ثلاث عشرة وأربع عشرة ، وخمس عشرة . وقال : هو كهية الدهر » أخرجه أبو داود وسميت أيام البيض لا يبيضاض ليلها كله بالقمر . والتقدير : أيام المائى البيض ، وقيل : إن الله تاب على آدم فيها ويبيض صحيفته . ذكره أبو الحسن التميمي .

(فصل) ويجب على الصائم أن ينزه صومه عن الكذب والغيبة والشتيم . قال أحمد : ينبغي لصائم أن يتعاهد صومه من لسانه ، ولا يمارى ، ويصون صومه . كانوا إذا صاموا قعدوا في المساجد . وقالوا تحفظ صومنا ، ولا يغتاب أحداً ولا يعمل عملاً يجرح به صومه . وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من لم يدع قول الزور والعمل به فليس لله حاجة في أن يدع طعامه وشرابه » وقال أبو هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قال الله تعالى كل عمل ابن آدم له إلا الصيام فإنه لى ، وأنا أجزي به ، الصيام جنة . فإذا كان يوم صوم أحدكم فلا يرفث ولا يصخب ، فإن سابّه أحد أو قاتله فليقل : إني امرؤ صائم .

والذى نفس محمد بيده لخلاف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك ، للصائم فرحتان يفرحهما . إذا أفطر فرح ، وإذا لقي ربه فرح بصومه ، متفق عليهما .

(فصل) في ليلة القدر . وهى ليلة شريفة مباركة معظمة مفضلة . قال الله تعالى (ليلة القدر خير من ألف شهر) قيل : معناه : العمل فيها خير من العمل في ألف شهر ليس فيها ليلة القدر ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : من قام ليلة القدر إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه ، متفق عليه . وقيل : إنما سميت ليلة القدر لأنه يقدر فيها ما يكون في تلك السنة من خير ومصيبة ورزق وبركة . يروى ذلك عن ابن عباس . قال الله تعالى (٤٤ : ٤) فيها يفرق كل أمر حكيم) وسماها مباركة فقال تعالى (٤٤ : ٣) إنا أنزلناه في ليلة مباركة إنا كنا منذرين) وهى ليلة القدر . بدليل قوله سبحانه (إنا أنزلناه في ليلة القدر) وقال تعالى (٢ : ١٨٥) شهر رمضان الذى أنزل فيه القرآن) يروى « أن جبريل نزل به من بيت العزة إلى السماء الدنيا في ليلة القدر ، ثم نزل به على النبي صلى الله عليه وسلم نجوماً في ثلاث وعشرين سنة . » وهى باقية لم ترفع . لما روى أبو ذر قال قلت « يا رسول الله ، ليلة القدر رفعت مع الأنبياء ، أو هى باقية إلى يوم القيامة ؟ قال : باقية إلى يوم القيامة . قلت : في رمضان أو غيره ؟ قال : في رمضان . قلت : في العشر الأول ، أو الثانى ، أو الآخر ؟ فقال : في العشر الآخر ، وأكثر أهل العلم على أنها في رمضان . وكان ابن مسعود يقول : من يقم الحول يصعبها يشير إلى أنها في السنة كلها . وفى كتاب الله تعالى ما يبين أنها في رمضان . لأن الله أخبر أنه أنزل القرآن في ليلة القدر ، وأنه أنزله في رمضان . فيجب أن تكون ليلة القدر في رمضان . لثلاث يتناقض الخبران . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر أنها في رمضان في حديث أبي ذر وقان « التمسوها في العشر الاواخر في كل وتر » متفق عليه . وقال أبو بن كعب « والله لقد علم ابن مسعود أنها في رمضان ، ولكنه كره أن يخبركم فتمسكوا » .

إذا ثبت هذا : فإنه يستحب طلبها في جميع ليالى رمضان ، وفي العشر الاواخر أكد . وفى ليالى الوتر منه أكد . وقال أحمد : هى في العشر الاواخر وفى وتر (١١٣ - ج ٣ - المغنى)

من الليالي ، لا يخطئ . إن شاء الله . كذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أطلبوها في العشر الأواخر ، في ثلاث بقين . أو سبع بقين ، أو تسع بقين » ، وروى سالم عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أرى رؤياكم قد تواطأت على أنها في العشر الأواخر . فالتسوما في العشر الأواخر في الوتر منها ، متفق عليه . وقالت عائشة « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دخل العشر الأواخر من رمضان أحيا الليل وأيقظ أهله وشد المنزر » متفق عليه . قالت « وكان يجتهد في العشر الأواخر ما لا يجتهد في غيرها ، وقال على رضي الله عنه « إن النبي صلى الله عليه وسلم كان يوقظ أهله في العشر الأواخر » ، وقالت عائشة « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجاور في العشر الأواخر من رمضان » ، وفي لفظ للبخاري « تحروا ليلة القدر في الوتر في العشر الأواخر من رمضان » ، وكل هذه الأحاديث صحيحة .

(فصل) واختلف أهل العلم في أرجى هذه الليالي . فقال أبي بن كعب وعبد الله بن عباس هي ليلة سبع وعشرين . قال زر بن حبیش قلت لأبي بن كعب « أما علمت أبا المنذر . أنها ليلة سبع وعشرين ؟ قال : بلى أخبرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنها ليلة صبيحتها تطلع الشمس ليس لها شعاع . فعددنا وحفظنا والله لقد علم ابن مسعود أنها في رمضان . وأنها ليلة سبع وعشرين ، ولسكنه كره أن يخبركم فتسكلوا » قال الترمذي . هذا حديث حسن صحيح . وروى أبو زر في حديث فيه طول « أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقم في رمضان حتى يوق سبع . فقام بهم حتى مضى نحو من ثلث الليل . ثم قام بهم في ليلة خمس وعشرين ، حتى مضى نحو من شطر الليل ، حتى كانت ليلة سبع وعشرين ، فجمع نساءه وأهله واجتمع الناس . قال فقام بهم حتى خشينا أن يفوتنا الفلاح ، يعني السحور » متفق عليه ، وحكى عن ابن عباس أنه قال « سورة القدر ثلاثون كلمة ، السابعة والعشرون منها » ، وروى أبو داود بإسناده عن معاوية عن النبي صلى الله عليه وسلم في ليلة القدر قال « ليلة سبع وعشرين » .

وقيل : آكدها ليلة ثلاث وعشرين . لأنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم

أن عبد الله بن أنيس سأله فقال : يا رسول الله إني أكون بيادية يقال لها الوطاة ، وإني بحمد الله أصلى بهم ، ففرني بليلة من هذا الشهر أنزلها في المسجد ، فأصلبها فيه . فقال : أنزل ليلة ثلاث وعشرين فصلبها فيه . وإن أحببت أن تستم آخر هذا الشهر فافعل . وإن أحببت فكف فكان إذا صلى العصر دخل المسجد فلم يخرج إلا في حاجة حتى يصلي الصبح . فإذا صلى الصبح كانت دابته بباب المسجد ، رواه أبو داود مختصراً .

وقيل : آكدها ليلة أربع وعشرين . لأنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ليلة القدر أول ليلة من السبع الأواخر ، وروى عن بعض الصحابة أنه قال : لم تكن نعد عددكم هذا . وإنما كنا نعد من آخر الشهر ، يعني أن السابعة والعشرين هي أول ليلة من السبع الأواخر . وروى أبو ذر قال : « صمنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم شهر رمضان فلم يقم بنا حتى كانت ليلة سبع بقيت ، فقام بنا نحواً من ثلث الليل . ثم لم يقم ليلة ست . فلما كانت ليلة خمس قام بنا النبي صلى الله عليه وسلم نحواً من نصف الليل . فقلنا : يا رسول الله لو قفلتنا قيام هذه الليلة ؟ فقال : إن الرجل إذا صلى مع الإمام حتى ينصرف كتب له قيام ليلة ، فلما كانت ليلة ثلاث قام بنا حتى خشينا أن يفوتنا الفلاح فقلنا وما الفلاح ؟ قال السجود وأيقظ في تلك الليلة أهله ونساءه وبناته ، رواه سعيد .

وقيل : آكدها ليلة إحدى وعشرين . لما روى أبو سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : رأيت ليلة القدر ثم أنسيتها فالتقسوها في العشر الأواخر في الوتر . وإني رأيت أني أجد في صبيحتها في ماء وطين . قال : لجأت بحابة فطرت حتى سال سقف المسجد . وكان من جريد النخل . فأقيمت الصلاة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجد في الماء والطين حتى رأيت أثر الماء والطين في جبهته ، وفي حديث : « في صبيحة إحدى وعشرين ، متفق عليه ، قال الترمذي . قد روى أنها ليلة إحدى وعشرين ، وليلة ثلاث وعشرين ، وليلة خمس وعشرين ، وليلة سبع وعشرين ، وليلة تسع وعشرين وآخر ليلة ، وقال أبو قلابة : إنها تنقل في ليالي العشر ، قال الشافعي : كان هذا عندي — والله أعلم — أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب على نحو ما يسأل . فعلى هذا كانت في السنة التي رأى أبو سعيد النبي صلى الله عليه وسلم

يسجد في المساء والطين ليلة إحدى وعشرين ، وفي السنة التي أمر عبد الله بن أنيس ليلة ثلاث وعشرين ، وفي السنة التي رأى أبي بن كعب علامتها ليلة سبع وعشرين ، وقد ترى علامتها في غير هذه الليالي . قال بعض أهل العلم أبهم الله تعالى هذه الليلة على الأمة ليجتهدوا في طلبها ويجتهدوا في العبادة في الشهر كله طمعاً في إدراكها ، كما أخفى ساعة الإجابة في يوم الجمعة ليكثروا من الدعاء في اليوم كله ، وأخفى اسمه الأعظم في الأسماء ورضاه في الطاعات ليجتهدوا في جميعها ، وأخفى الأجل وقيام الساعة . ليجد الناس في العمل حذراً منهما .

(فصل) فأما علامتها . فالمشهور فيها ما ذكره أبي بن كعب عن النبي صلى الله عليه وسلم: أن الشمس تطلع من صبيحتها يبيضها لاشعاع لها . وفي بعض الأحاديث يبيضها مثل الطست . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « بالجنة سمحة لا حارة ولا باردة تطلع الشمس صبيحتها لا شعاع لها » .

(فصل) ويستحب أن يجتهد فيها في الدعاء ويدعو فيها بما روى عن عائشة أنها قالت : يا رسول الله إن وافقتها بم أدعو ؟ قال : « قل اللهم إنك عفو تحب العفو فاعف عني » .

كتاب الاعتكاف

الاعتكاف في اللغة : لزوم الشيء وحبس النفس عليه برأ كان أو غيره ومنه قوله تعالى (٢١ : ٥٢ ما هذه القاميل التي أقم لها عاكفون) وقال (٧ : ١٣٨ يعكفون على أصنام لهم) قال الخليل : عكف يعكفت ويعكف وهو في الشرع الإقامة في المسجد على صفة تذكرها وهو قربة وطاعة قال الله تعالى (٢ : ١٢٥ أن طهرا بيتي للطائفين والعاكفين) وقال (٢ : ١٨٧ ولا تباشروهن وأقم عاكفون في المساجد) وقالت عائشة كان النبي صلى الله عليه وسلم يعتكف العشر الأواخر ، متفق عليه ، وروى ابن ماجه في سننه عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في المعتكف « هو يعتكف الذنوب ، ويجسرى له من الحسنات كعامل الحسنات كلها ، وهذا الحديث ضعيف . وفي إسناده فرقد السجى . قال أبو داود : قلت لأحمد رحمه الله : تعرف في فضل الاعتكاف شيئا ؟ قال لا إلا شيئا ضعيفا ولا نعلم بين العلماء خلافاً في أنه مسنون .

« مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (والاعتكاف سنة إلا أن يكون نذراً فيلزم الوفاء به) .

لا خلاف في هذه الجملة بحمد الله . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الاعتكاف سنة لا يجب على الناس فرضاً إلا أن يوجب المرء على نفسه الاعتكاف نذراً فيجب عليه ، وما يدل على أنه سنة فعل النبي صلى الله عليه وسلم ومداومته عليه تقرباً إلى الله تعالى ، وطلباً لثوابه ، واعتكاف أزواجه معه وبعده ، ويدل على أنه غير واجب أن أصحابه لم يعتكفوا ولا أمرهم النبي صلى الله عليه وسلم به إلا من أَرَادَهُ ، وقال عليه السلام « من أراد أن يعتكف فليعتكف العشر الأواخر ، ولو كان واجبا لما علقه بالإرادة ، وأما إذا نذر فيلزمه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، رواه البخارى ، وعن عمر أنه قال يا رسول الله :

لاني نذرت أن اعتكف ليلة في المسجد الحرام . فقال النبي صلى الله عليه وسلم وأوف بنذكرك ، رواه البخارى ومسلم .

(فصل) وإن نوى اعتكاف مدة لم تلزمه ، فإن شرع فيها فله إتمامها ، وله الخروج منها متى شاء ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك : تلزمه بالنية مع الدخول فيه ، فإن قطعه لزمه قضاءه ، وقال ابن عبد البر : لا يختلف في ذلك الفقهاء . ويلزمه القضاء عند جميع العلماء : وقال : وإن لم يدخل فيه فالقضاء مستحب ومن العلماء من أوجبه وإن لم يدخل فيه ، واحتج بما روى عن عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعتكف العشر الأواخر من رمضان فاستأذنته عائشة . فأذن لها فأمرت ببنائها فضرب ، وسألت حفصة أن يستأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ففعلت فأمرت ببنائها فضرب فلما رأت ذلك زينب بنت جحش أمرت ببنائها فضرب قالت : وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا صلى الصبح دخل معتكفه . فلما صلى الصبح انصرف فبصر بالأبنية فقال « ما هذا ؟ » فقالوا : بناء عائشة ، وحفصة ، وزينب . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البر أردتن ؟ ما أنا بمعتكف ، فرجع . فلما أظطر اعتكف عشراً من شوال ، متفق على معناه ، ولأنها عبادة تتعلق بالمسجد فلازمت بالدخول فيها كالحج ، ولم يصنع ابن عبد البر شيئاً ، وهذا ليس باجماع ، ولا نعرف هذا القول عن أحد سواه ، وقد قال الشافعى كل عمل لك أن لا تدخل فيه . فإذا دخلت فيه فخرجت منه ، فليس عليك أن تقضى إلا الحج والعمرة ، ولم يقع الإجماع على لزوم نافلة بالشروع فيها سوى الحج والعمرة ، وإذا كانت العبادات التي لها أصل في الوجوب لا تلزم بالشروع . فما ليس له أصل في الوجوب أولى ، وقد انعقد الإجماع على أن الإنسان لو نوى الصدقة بمال مقدر ، وشرع في الصدقة به . فأخرج بعضه . لم تلزمه الصدقة ببقائه وهو نظير الاعتكاف . لأنه غير مقدر بالشرع . فأشبهه الصدقة ، وما ذكره حجة عليه . فإن النبي صلى الله عليه وسلم ترك اعتكافه . ولو كان واجباً لما تركه . وأزواجه تركن الاعتكاف بعد نيتته وضرب أبنيتن له ، ولم يوجد عنده يمنع فعل الواجب ، ولا أمرن بالقضاء ، وقضاء النبي صلى الله عليه وسلم له لم يكن واجباً عليه . وإنما

فعله تطوعاً ، لأنه كان إذا عمل عملاً أثبتته ، وكان فعله لقضائه كفعله لأدائه على سبيل التطوع به ، لا على سبيل الإيجاب ، كما قضى السنة التي فاتته بعد الظهر وقبل الفجر . فتركه له دليل على عدم الوجوب . لتحريم ترك الواجب وفعله ، للقضاء لا يدل على الوجوب . لأن قضاء السنن مشروع فإن قيل : إنما جاز تركه ولم يؤمر تاركه من النساء بقضائه لتركهن إياه قبل الشروع قلنا : فقد سقط الاحتجاج . لا تفارقنا على أنه لا يلزم قبل شروعه فيه ، فلم يكن القضاء دليلاً على الوجوب ، مع الاتفاق على انتفائه ، ولا يصح قياسه على الحج والعمرة ، لأن الوصول إليهما لا يحصل في الغالب إلا بعد كلفة عظمى ، ومثقة شديدة ، وإنفاق مال كثير . ففي إبطالهما تضييع لما له ، وإبطال لأعماله الكثيرة ، وقد نهينا عن إضاعة المال ، وإبطال الأعمال . وليس في ترك الاعتكاف بعد الشروع فيه مال يضيع ، ولا عمل يطل ، فإن ما مضى من اعتكافه لا يطل بترك اعتكاف المستقبل ، ولأن النسك يتعلق بالمسجد الحرام على الخصوص ، والاعتكاف بخلافه .

« مسألة ، قال (ويحرم بلا صوم إلا أن يقول في نذره بصوم) .

المشهور في المذهب : أن الاعتكاف يصح بغير صوم . روى ذلك عن علي ، وابن مسعود ، وسعيد بن المسيب ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن ، وعطاء ، وطاوس ، والشافعي ، وإسحاق ، وعن أحمد رواية أخرى : أن الصوم شرط في الاعتكاف ، قال : إذا اعتكف يجب عليه الصوم . وروى ذلك عن ابن عمر ، وابن عباس ، وعائشة ، وبه قال الزهري ، ومالك ، وأبو حنيفة ، والليث ، والثوري ، والحسن بن حي . لما روى عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا اعتكاف إلا بصوم » ، رواه النار قطني ، وعن ابن عمر « أن عمر جعل عليه أن يعتكف في الجاهلية فسأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال : اعتكف وصم » ، رواه أبو داود . ولأنه لبث في مكان مخصوص . فلم يكن بمجرد قربة كالوقوف .

ولنا : ما روى ابن عمر عن عمر أنه قال « يا رسول الله إنني نذرت في الجاهلية أن اعتكف ليلة في المسجد الحرام . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أوف بنذرك ، رواه البخاري ، ولو كان الصوم شرطاً لما عجز اعتكاف الليل . لأنه لا صيام فيه ،

ولأنه عبادة تصح في الليل . فلم يشترط له الصيام كالصلاة . ولأنه عبادة تصح في الليل ، فأشبهه سائر العبادات ، ولأن إيجاب الصوم حكم لا يثبت إلا بالشرع ، ولم يصح فيه نص ، ولا إجماع ، قال سعيد : حدثنا عبد العزيز بن محمد عن أبي سهل قال : كان على امرأة من أهلي اعتكاف ، فسألت عمر بن عبد العزيز . فقال : ليس عليها صيام إلا أن تجعله على نفسها . فقال الزهري : لا اعتكاف إلا بصوم فقال له عمر : عن النبی صلى الله عليه وسلم ؟ قال : لا . قال : فمن أبي بكر ؟ قال : لا . قال : فمن عمر ؟ قال : لا . قال ، وأظنه قال : فمن عثمان ؟ قال : لا . فخرجت من عنده فلقيت عطاء وطاوسا ، فسألتهما . فقال طاوس : كان فلان لا يرى عليها صياما ، إلا أن تجعله على نفسها ، وأحاديثهم لا تصح أما حديثهم عن عمر فتفرد به ابن بدين . وهو ضعيف . قال أبو بكر التيسابوري . هذا حديث منكر . والصحيح : ما روياه أخرجه البخاري ، والنسائي ، وغيرهما . وحديث عائشة موقوف عليها ، ومن رفعه فقد وهم ، ولو صح فالمراد به الاستحباب . فإن الصوم فيه أفضل ، وقيامهم ينقلب عليهم . فإنه لبث في مكان مخصوص . فلم يشترط له الصوم كالوقوف ، ثم نقول بموجبه . فإنه لا يكون قرينة بمجرد بل بالنية ، إذا ثبت هذا : فإنه يستحب أن يصوم . لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعتكف وهو صائم ، ولأن المعتكف يستحب له التشاغل بالعبادات والقرب ، والصوم من أفضلها ، ويتفرغ به مما يشغله عن العبادات ، ويخرج به من الخلاف .

(فصل) إذا قلنا : إن الصوم شرط . لم يصح اعتكاف ليلة مفردة ، ولا بعض يوم ولا ليلة وبعض يوم . لأن الصوم المشترط لا يصح في أقل من يوم . ويحتمل أن يصح في بعض اليوم إذا صام اليوم كله . لأن الصوم المشروط وجد في زمن الاعتكاف ، ولا يعتبر وجود المشروط في زمن الشرط كله .

« مسألة » قال (ولا يجوز الاعتكاف إلا في مسجد يجمع فيه) .

يعنى تقام الجماعة فيه . وإنما اشترط ذلك . لأن الجماعة واجبة واعتكاف الرجل في مسجد لا تقام فيه الجماعة يفضى إلى أحد أمرين : إما ترك الجماعة الواجبة . وإما خروجه إليها ، فيتكرر ذلك منه كثيراً مع إمكان التحرز منه . وذلك مناف

للاعتكاف . إذ هو لزوم المعتكف والإقامة على طاعة الله فيه ، ولا يصح الاعتكاف في غير مسجد إذا كان المعتكف رجلاً . لا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافاً . والأصل في ذلك : قول الله تعالى (٢ : ١٨٧) ولا تباشروهن وأتمم عاكفون في المساجد) نفصها بذلك . فلو صح الاعتكاف في غيرها لم يختص تحريم المباشرة فيها . فإن المباشرة محرمة في الاعتكاف مطلقاً ، وفي حديث عائشة قالت « إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ليدخل على رأسه وهو في المسجد فأرجله . وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة إذا كان معتكفاً » . وروى الدارقطني بإسناده عن الزهري عن عروة ، وسعيد بن المسيب عن عائشة في حديث « وإن السنة للمعتكف أن لا يخرج إلا لحاجة الإنسان ولا اعتكاف إلا في مسجد جماعة » فذهب أبو عبد الله إلى أن كل مسجد تقام فيه الجماعة يجوز الاعتكاف فيه ، ولا يجوز في غيره . وروى عن حذيفة ، وعائشة ، والزهري ما يدل على هذا . واعتكف أبو قلابة وسعيد بن جبيرة في مسجد حيهما . وروى عن عائشة والزهري : أنه لا يصح إلا في مساجد الجماعات . وهو قول الشافعي إذا كان اعتكافه يتخلله جمعة ، لثلاث يلزم الخروج من معتكفه ، لما يمكنه التحرز من الخروج إليه . وروى عن حذيفة وسعيد بن المسيب : لا يجوز الاعتكاف إلا في مسجد نبي . وحكى عن حذيفة : أن الاعتكاف لا يصح إلا في أحد المساجد الثلاثة . قال سعيد : حدثنا مغيرة عن إبراهيم . قال « دخل حذيفة مسجد الكوفة . فإذا هو بأبنية مضروبة . فسأل عنها : فقيل : قوم معتكفون . فانطلق إلى ابن مسعود . فقال : ألا تعجب من قوم يزعمون أنهم معتكفون بين دارك ودار الأشرى ؟ فقال عبد الله : فلعلهم أصابوا وأخطأت ، وحفظوا ونسيت ، فقال حذيفة : لقد ثلثت ما الاعتكاف إلا في ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، والمسجد الأقصى ، ومسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال مالك : يصح الاعتكاف في كل مسجد لعموم قوله تعالى (٢ : ١٨٧) وأتمم عاكفون في المساجد) وهو قول الشافعي إذا لم يكن اعتكافه يتخلله جمعة .

ولنا : قول عائشة « من السنة للمعتكف أن لا يخرج إلا لحاجة الإنسان ،

ولا اعتكاف إلا في مسجد جماعة ، وقد قيل : إن هذا من قول الزهري . وهو ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم كيفما كان ، وروى سعيد : حدثنا هشيم أنبأنا جرير عن الضحاك عن حذيفة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كل مسجد له إمام ومؤذن فالاعتكاف فيه يصلح ، ولأن قوله تعالى (وأتموا كفون في المساجد) يقتضى إباحة الاعتكاف في كل مسجد . إلا أنه يقيد بما تقام فيه الجماعة بالأخبار . والمعنى الإي ذكرناه . فغيبا عداه يبقى على العموم . وقول الشافعي في اشتراطه موضعاً تقام فيه الجمعة ، لا يصح للأخبار ، ولأن الجمعة لا تتكرر . فلا يضر وجوب الخروج إليها ، كما لو اعتكفت المرأة مدة يتخللها أيام حيضها . ولو كان الجامع تقام فيه الجمعة وحدها ولا يصلى فيه غيرها . لم يحز الاعتكاف فيه . ويصح عند مالك والشافعي .

ومبنى الخلاف : على أن الجماعة واجبة عندنا . فيلزم الخروج من معتكفه إليها . فيفسد اعتكافه . وعندهم ليست واجبة .

(فصل) وإن كان اعتكافه مدة غير وقت الصلاة كيلة أو بعض يوم جاز في كل مسجد ، لعدم المانع . وإن كانت تقام فيه في بعض الزمان جاز الاعتكاف فيه في ذلك الزمان دون غيره . وإن كان المعتكف عن تلازمه الجماعة كالمرضى والمذخور ومن هو في قرية لا يصلى فيها سواه . جاز اعتكافه في كل مسجد . لأنه لا تلزمه الجماعة . فأشبه المرأة ، وإن اعتكف اثنان في مسجد ولا تقام فيه جماعة . فأقاما الجماعة فيه صح اعتكافهما . لأنهما أقاما الجماعة فأشبه ما لو أقاما فيه غيرهما :

(فصل) وللبرأة أن تعتكف في كل مسجد . ولا يشترط إقامة الجماعة فيه . لأنها غير واجبة عليها ، وهذا قال الشافعي : وليس لها الاعتكاف في بيتها . وقال أبو حنيفة والثوري : لها الاعتكاف في مسجد بيتها ، وهو المكان الذي جعلته للصلاة منه واعتكافها فيه أفضل . لأن صلاتها فيه أفضل . وحكى عن أبي حنيفة : أنها لا يصح اعتكافها في مسجد الجماعة . لأن النبي صلى الله عليه وسلم ترك الاعتكاف في المسجد ، لما رأى أبنية أزواجه فيه وقال « البر تردن ؟ » ، ولأن مسجد بيتها موضع فضيلة صلاتها . فكان موضع اعتكافها كالمسجد في حق الرجل .

ولنا : قوله تعالى (وأتموا كفون في المساجد) والمراد به المواضع التي بنيت

للصلاة فيها ، وموضع صلاتها في بيتها ليس بمسجد . لأنه لم يبن للصلاة فيه ، وإن سمي مسجداً كان مجازاً . فلا يثبت له أحكام المساجد الحقيقية . كقول النبي صلى الله عليه وسلم « جعلت لي الأرض مسجداً » ، ولأن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم استأذنه في الاعتكاف في المسجد ، فأذن لهن ، ولو لم يكن موضعاً لاعتكافهن لما أذن فيه . ولو كان الاعتكاف في غيره أفضل لذن عليه ونهين عليه . ولأن الاعتكاف قربة يشترط لها المسجد في حق الرجل فيشترط في حق المرأة كالطواف . وحديث عائشة حجة لنا لما ذكرنا . وإنما كره اعتكافهن في تلك الحال ، حيث كثرت أبنيتهم . لما رأى من منافستين فكرمه منهن خشية عليهن من فساد نيتهم وسوء المقصد به . ولذلك قال « البر تردن ؟ » منكرًا لذلك ، أى لم تفعلن ذلك تبرأ . ولذلك ترك الاعتكاف لظنه أنهن يتنافسن في السكون معه . ولو كان للمعنى الذي ذكروه لأمرهن بالاعتكاف في بيوتهن . ولم يأذن لهن في المسجد . وأما الصلاة . فلا يصح اعتبار الاعتكاف بها . فإن صلاة الرجل في بيته أفضل ولا يصح اعتكافه فيه .

(فصل) ومن سقطت عنه الجماعة من الرجال كالمريض إذا أحب أن يعتكف في مسجد لا تقام فيه الجماعة ينبغي أن يجوز له ذلك . لأن الجماعة ساقطة عنه . فأشبه المرأة ، ويحتمل أن لا يجوز له ذلك ، لأنه من أهل الجماعة . فأشبه من يجب عليه . ولأنه إذا التزم الاعتكاف وكلفه نفسه فينبغي أن يجعله في مكان تصلى فيه الجماعة ، ولأن من التزم مالا يلزمه لا يصح بدون شروطه ، كالمتطوع بالصوم والصلاة .

(فصل) وإذا اعتكفت المرأة في المسجد استحباب لها أن تستتر بشيء . لأن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم لما أردن الاعتكاف أمرن بأبنيتهم فضربت في المسجد . ولأن المسجد يحضره الرجال وخير لهم وللنساء أن لا يرونهن ولا يرينهم . وإذا ضربت بناء جماعته في مكان لا يصلى فيه الرجال ، لثلا تقطع صفوفهم ويضيق عليهم ، ولا بأس أن يستتر الرجل أيضاً . فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ببنائه فضرب ، ولأنه أستر له وأخفى لعمله : وروى ابن ماجه عن أبي سعيد أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم اعتكف في قبة تركية على سديتها قطعة حصير ، قال فأخذ الحصير بيده فتحاها في ناحية القبلة ثم أطلع رأسه فسلم الناس ، والله أعلم .

• مسألة ، قال (ولا يخرج منه إلا الحاجة الإنسان أو صلاة الجمعة)

وجملة ذلك : أن المعتكف ليس له الخروج من معتكفه إلا لما لا بد له منه ، قالت عائشة رضى الله عنها ، السنة للمعتكف أن لا يخرج إلا لما لا بد له منه ، رواه أبو داود ، وقالت أيضاً ، كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اعتكف يذنى إلى رأسه فأرجله . وكان لا يدخل البيت إلا الحاجة الإنسان ، متفق عليه ، ولا خلاف في أن له الخروج لما لا بد له منه . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للمعتكف أن يخرج من معتكفه للغائط والبول ، ولأن هذا مما لا بد منه ، ولا يمكن فعله في المسجد ، فلو بطل الاعتكاف بخروجه إليه . لم يصح لأحد الاعتكاف ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعتكف ، وقد علمنا أنه كان يخرج لقضاء حاجته ، والمراد بحاجة الإنسان البول والغائط كفى بذلك عنهما . لأن كل إنسان يحتاج إلى فعلهما . وفي معناه الحاجة إلى الماء كول والمشروب إذا لم يكن له من يأتيه به . فله الخروج إليه إذا احتاج إليه . وإن بقتة القيء . فله أن يخرج ليتقيأ خارج المسجد ، وكل ما لا بد له منه ، ولا يمكن فعله في المسجد فله الخروج إليه ، ولا يفسد اعتكافه وهو عليه ما لم يطل ، وكذلك له الخروج إلى ما أوجبه الله تعالى عليه مثل من يعتكف في مسجد لا جمعة فيه ، فيحتاج إلى خروجه ليصلي الجمعة ، ويلزمه السعي إليها . فله الخروج إليها . ولا يبطل اعتكافه . وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي : لا يعتكف في غير الجامع إذا كان اعتكافه يتخلله جمعة ، فإن نذر اعتكافاً متتابعاً نخرج منه لصلاة الجمعة . بطل اعتكافه . وعليه الاستئذان . لأنه أمكنه فرضه بحيث لا يخرج منه . فبطل بالخروج كالمسافر إذا ابتدأ صوم الشهرين المتتابعين في شعبان أو ذى الحجة .

ولنا : أنه خرج لو اوجب فلم يبطل اعتكافه . كالمعتدة تخرج لقضاء العدة ، وكالخارج لإفقاد غريق . أو لإطفاء حريق ، أو أداء شهادة تعيينت عليه ، ولأنه إذا نذر أياماً فيها جمعة . فكأنه استثنى الجمعة بلفظه ثم تبطل بما إذا أنذرت المرأة أياماً

فيها عادة حيضها فإنه يصح مع إمكان فرضها في غيرها . والأصل غير مسلم .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا خرج لواجب فهو على اعتكافه ما لم يطل . لأنه خروج لما لا بد له منه أشبه الخروج لحاجة الإنسان ، فإن كان خروجه لصلاة الجمعة فله أن يستعمل ، قال أحد : أرجو أن له ذلك . لأنه خروج جائز ، فجاز تمجيله كالخروج لحاجة الإنسان ، وإذا صلى الجمعة . فإن أحب أن يعتكف في الجامع فله ذلك ، لأنه محل للاعتكاف والمسكان لا يتعين للاعتكاف بنزله ومعيّنه فمع عدم ذلك أولى ، وكذلك إن دخل في طريقه مسجداً فآتم اعتكافه فيه جاز لذلك ، وإن أحب الرجوع إلى معتكفه فله ذلك ، لأنه خرج من معتكفه فكان له الرجوع إليه كما لو خرج إلى غير الجمعة ، قال بعض أصحابنا : يستحب له الإسراع إلى معتكفه وقال أبو داود : قلت لأحمد : يركع أعني المعتكف يوم الجمعة بعد الصلاة في المسجد قال نعم بقدر ما كان يركع ويحتمل أن يكون الخيرة إليه في تمجيل الرجوع وتأخيرها لأنه في مكان يصلح للاعتكاف . فأشبه ما لو نوى الاعتكاف فيه ، فأما إن خرج ابتداء إلى مسجد آخر أو إلى الجامع من غير حاجة أو كان المسجد أبعد من موضع حاجته فضى إليه ، لم يحز له ذلك ، لأنه خروج لغير حاجة ، أشبه ما لو خرج إلى غير المسجد ، فإن كان المسجدان متلاصقين يخرج من أحدهما فيصير في الآخر فله الانتقال من أحدهما إلى الآخر ، لأنهما كمسجد واحد ينتقل من إحدى زاويتيهِ إلى الأخرى ، وإن كان يمشى بينهما في غيرهما لم يحز له الخروج وإن قرب ، لأنه خروج من المسجد لغير حاجة واجبة .

(فصل) وإذا خرج لما لا بد منه فليس عليه أن يستعمل في مشيه ، بل يمشى على عادته ، لأن عليه مشقة في إلامه غير ذلك ، وليس له الإقامة بعد قضاء حاجته لا كل ولا لغيره ، وقال أبو عبد الله بن حامد : يجوز أن يأكل اليسير في بيته كاللحمة واللحمتين ، فأما جميع أكله فلا ، وقال القاضي : يتوجه أن له الأكل في بيته ، والخروج إليه ابتداء ، لأن الأكل في المسجد دفاء وترك البروة ، وقد يغنى جفاس قوته عن الناس ، وقد يكون في المسجد غيره فيستحي أن يأكل دونه وإن أطعمه معه لم يكفهما .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان ، وهذا كناية عن الحدث ، ولأنه خروج لما له منه بد ، أو لبث في غير معتكفه لما له منه بد ، فأبطل الاعتكاف كحادثه أهله ، وما ذكره القاضى : ليس بمعذر يبيح الإقامة ولا الخروج ولو ساغ ذلك لساغ الخروج للنوم وأشباهه .

(فصل) وإن خرج لحاجة الإنسان ويقرب المسجد سقاية أقرب من منزله لا يحتشم من دخولها ، ويمكنه التنظيف فيها لم يكن له المضى إلى منزله ، لأن له من ذلك بد وإن كان يحتشم من دخولها أو فيه نقيصة عليه ، أو مخالفة لعادته ، أو لا يمكنه التنظيف فيها ، فله أن يمضى إلى منزله لما عليه من المشقة في ترك المروءة وكذلك إن كان له منزلان أحدهما أقرب من الآخر يمكنه الرضوء في الأقرب بلا ضرر . فليس له المضى إلى الأبعد . وإن بذل له صديقه أو غيره الرضوء في منزله القريب لم يلزمه لما عليه من المشقة بترك المروءة والاحتشام من صاحبه قال المروذى : سألت أبا عبد الله عن الاعتكاف في المسجد الكبير أعجب إليك أو مسجد الحى ؟ قال : المسجد الكبير ، وأرخص لى أن اعتكف في غيره . قلت : فأين ترى أن اعتكف في هذا الجانب ؟ أو في ذاك الجانب . قال : في ذاك الجانب هو أصلح من أجل السقاية ، قلت : فمن اعتكف في هذا الجانب ترى أن يخرج إلى الشط يتيمأ ؟ قال : إذا كان له حاجة لا بد له من ذلك ، قلت : يتوضأ الرجل في المسجد ؟ قال : لا يعجبني أن يتوضأ في المسجد .

(فصل) إذا خرج لما له منه بد بطل اعتكافه وإن قل ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعى . وقال أبو يوسف . ومحمد بن الحسن . لا يفسد حتى يكون أكثر من نصف يوم . لأن اليسير معفو عنه بدليل أن صفية « أتت النبي صلى الله عليه وسلم تزوره في معتكفه . فلما قامت لتنقلب خرج معها ليقبها ، ولأن اليسير معفو عنه بدليل ما لو تأنى في مثيه .

ولنا : أنه خروج من معتكفه لغير حاجة فأبطله كما لو أقام أكثر من نصف يوم . أما خروج النبي صلى الله عليه وسلم فيحتمل أنه لم يكن له بد . لأنه كان ليلاً . فلم يأمن عليها . ويحتمل أنه فعل ذلك لسكون اعتكافه تطوعاً له ترك جميعه فكان

له ترك بعضه . ولذلك تركه لما أراد نساؤه الاعتكاف معه . وأما المشى فتختلف فيه طباع الناس . وعليه في تغيير مشيه مشقة ، والله كذلك ههنا فإنه لا حاجة به إلى الخروج .

• مسألة ، قال (ولا يعود مريضاً ، ولا يشهد جنازة ، إلا أن يشترط ذلك) .
الكلام في هذه المسألة في فصلين .

أحدهما : في الخروج لعيادة المريض وشهود الجنازة مع عدم الاشتراط . واختلفت الرواية عن أحد في ذلك فروى عنه : ليس له فعله . وهو قول عطاء وعروة ومجاهد والزهرى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى . وروى عنه الأثرم ومحمد بن الحكم : أن له أن يعود المريض ويشهد الجنازة ويعود إلى معتكفه . وهو قول على رضى الله عنه : وبه قال سعيد بن جبير والنخعى والحسن ، لما روى عاصم بن ضمرة عن على قال : إذا اعتكف الرجل فليشهد الجمعة وليعد المريض ، وليحضر الجنازة ولبات أهله : وليأمرهم بالحاجة وهو قائم ، رواه الإمام أحمد والأثرم . وقال أحمد : عاصم بن ضمرة عندى حجة . قال أحمد : يشهد الجنازة ، ويعود المريض ، ولا يجلس ويقضى الحاجة ، ويعود إلى معتكفه .

وجه الأول : ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اعتكف لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان ، متفق عليه . وعنها رضى الله عنها أنها قالت : السنة على المعتكف أن لا يعود مريضاً ولا يشهد جنازة ، ولا يمس امرأة ، ولا يبشرها ، ولا يخرج لحاجة إلا لما لابد منه ، وعنها قالت : كان النبي صلى الله عليه وسلم يمر بالمريض وهو معتكف ، فيمر كما هو فلا يعرج يسأل عنه ، رواهما أبو داود . ولأن هذا ليس بواجب . فلا يجوز ترك الاعتكاف الواجب من أجله كالشئ مع أخيه في حاجة ليقضيها له . وإن تعينت عليه صلاة الجنازة وأمكنه فعلها في المسجد لم يجز الخروج إليها . فإن لم يمكنه ذلك فله الخروج إليها . وإن تعين عليه دفن الميت أو تفضيله جاز أن يخرج له . لأن هذا واجب متعين فيقدم على الاستكاف كصلاة الجمعة . فأما إن كان الاعتكاف

تطوعاً وأحب الخروج منه لعيادة مريض أو شهود جنازة جاز . لأن كل واحد منهما تطوع . فلا يتحتم واحد منهما لكن الأفضل المقام على اعتكافه . لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يعرج نلى المريض ولم يكن واجباً عليه . فأما إن خرج لما لا بد منه فسأل عن المريض في طريقه ولم يعرج جاز . لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك .

(الفصل الثانى) إذا اشترط فعل ذلك فى اعتكافه فله فعله ، واجباً كان الاعتكاف أو غير واجب . وكذلك ما كان قرينة كزيارة أهله أو رجل صالح أو عالم أو شهود جنازة . وكذلك ما كان مباحاً مما يحتاج إليه كالعشاء فى منزله والمبيت فيه فله فعله . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن المعتكف يشترط أن يأكل فى أهله ؟ فقال : إذا اشترط فنعم . قيل له : وتيجز الشرط فى الاعتكاف ؟ قال : نعم . قلت له : فبيعت فى أهله ؟ قال : إذا كان تطوعاً جاز . ومن أجاز أن يشترط العشاء فى أهل الحسن والعلاء بن زياد والنخعى وقتادة . ومنع منه أبو مجلز ومالك والأوزاعى . قال مالك : لا يكون فى الاعتكاف شرط .

ولنا : أنه يجب بعقده . فيكان الشرط إليه فيه كالوقوف . ولأن الاعتكاف لا يختص بقدر ، فإذا شرط الخروج فكأنه نذر القدر الذى أقامه . وإن قال : متى مرضت أو عرض لى عارض خرجت . جاز شرطه .

(فصل) وإن شرط الوطء فى اعتكافه أو الفرجة أو النزوة أو البيع للتجارة أو التسكيب بالصناعة فى المسجد . لم يجز . لأن الله تعالى قال (ولا تبashروهن وأنتم عاكفون فى المساجد) فاشترط ذلك اشتراط لمعصية الله تعالى . والصناعة فى المسجد منتهى عنها فى غير الاعتكاف . ففى الاعتكاف أولى . وسائر ما ذكرناه يشبه ذلك . ولا حاجة إليه . فان احتاج إليه فلا يعتكف . لأن ترك الاعتكاف أولى من فعل المنهى عنه . قال أبو طالب : سألت أحمد عن المعتكف يعمل عمله من الخياطة وغيرها ؟ قال : ما يعجبنى أن يعمل . قلت : إن كان يحتاج . قال : إن كان يحتاج لا يعتكف .

(فصل) إذا خرج لما له منه بد عامداً بطل اعتكافه إلا أن يكون اشترط .

وإن خرج ناسياً فقال القاضي . لا يفسد اعتكافه . لأنه فعل المنهى عنه ناسياً . فلم تفسد العبادة كالآكل في الصوم . وقال ابن عقيل : يفسد ، لأنه ترك للاعتكاف ، وهو لزوم للمسجد ، وترك الشيء عمدته وسهوه سواء كترك النية في الصوم . فإن أخرج بعض جسده لم يفسد اعتكافه . عمداً كان أو سهواً . لأن النبي صلى الله عليه وسلم ، كان يخرج رأسه من المسجد وهو معتكف إلى عائشة فتغسله وهي حائض ، متفق عليه .

(فصل) ويجوز للمعتكف صمود سطح المسجد . لأنه من جملة . ولهذا يمنع الجنب من البث فيه . وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي . ولا نعلم فيه مخالفاً . ويجوز أن يبيت فيه . وظاهر كلام الحرقى : أن رجة المسجد ليست منه . وليس للمعتكف الخروج إليها . لقوله في الحائض : يضرب لها خباء في الرجة . والحائض ممنوعة من المسجد . وقد روى عن أحمد ما يدل على هذا . وروى عنه المروذي : أن المعتكف يخرج إلى رجة المسجد هي من المسجد ، قال القاضي : إن كان عليها حائط وباب فهي كالمسجد ، لأنها معه وتابعة له . وإن لم تكن محوطة لم يثبت لها حكم المسجد . فكأنه جمع بين الروايتين وحملهما على اختلاف الحالين . فإن خرج إلى منارة خارج المسجد للأذان بطل اعتكافه . قال أبو الخطاب : ويحتمل أن لا يبطل . لأن منارة المسجد كالتصلة به .

مسألة ، قال (ومن وطئ فقد أفسد اعتكافه ولا قضاء عليه ، إلا أن يكون واجباً .

وجملة ذلك : أنه الوطء في الاعتكاف محرم بالإجماع . والأصل فيه قول الله تعالى (ولا تبashروهن وأتمم عا كفون في المساجد تلك حدود الله فلا تقربوها) فإن وطئ في الفرج معتمداً أفسد اعتكافه بإجماع أهل العلم . حكاه ابن المنذر عنهم . ولأن الوطء إذا حرم في العبادة أفسدها كالحج والصوم . وإن كان ناسياً فكذلك عند إمامنا وأبي حنيفة ومالك ، وقال الشافعي : لا يفسد اعتكافه . لأنها مباشرة لا نفسد الصوم ، فلم تفسد الاعتكاف كالمباشرة فيما دون الفرج .

ولنا: أن ما حرم في الاعتكاف استوى عمده وسهوه في إفساده كالحروج من المسجد . ولا يسلم أنها لا تفسد الصوم . ولأن المباشرة دون الفرج لا تفسد الاعتكاف إلا إذا اقترن بها الإنزال .

إذا ثبت هذا : فلا كفارة بالوطء في ظاهر المذهب ، وهو ظاهر كلام الخرقى وقول عطاء والنخعي وأهل المدينة ومالك وأهل العراق والثوري وأهل الشام والأوزاعي . ونقل حنبل عن أحمد : أن عليه كفارة ، وهو قول الحسن والزهرى واختيار القاضى ، لأنه عبادة يفسدها الوطء لعينه . فوجب الكفارة بالوطء فيها كالجوع وصوم رمضان .

ولنا ، أنها عبادة لا تجب بأصل الشرع فلم يفسدها كفارة كالنوافل . ولأنها عبادة لا يدخل المال في جبرانها . فلم تجب الكفارة بإفسادها كالصلاة . ولأن وجوب الكفارة إنما يثبت بالشرع . ولم يرد الشرع بإيجابها : فتبقى على الأصل . وما ذكره يفتقض بالصلاة وصوم غير رمضان ، والقياس على الحج لا يصح ، لأنه مبين لسائر العبادات . ولهذا ينقض في نفسه ، ويلزم بالشروع فيه . ويجب الوءاء فيه بدنة بخلاف غيره . ولأنه لو وجبت الكفارة ههنا بالقياس عليه للزم أن يكون بدنة . لأن الحكم في المهرج يثبت على صفة الحكم في الأصل ، إذ كان القياس : إنما هو توسعة محررى الحكم . فيصير النص الوارد في الأصل وارداً في الفرع . فثبت فيه الحكم الثابت في الأصل بعينه . وأما القياس على الصبر فهو دال على نفي الكفارة . لأن الصوم كله لا يجب بالوطء فيه كفارة سوى رمضان والاعتكاف أشبه بغير رمضان . لأنه نافلة لا يجب إلا بالنذر ، ثم لا يسح قياسه على رمضان أيضاً . لأن الوطء فيه إنما أوجب الكفارة لحرمة الزمان . ولذلك يجب على كل من نزمه الإمساك ، وإن لم يفسد به صوما .

واختلف موجبو الكفارة فيها فقال القاضى : يجب كفارة الظهار . وهو قول الحسن والزهرى . وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل . فإنه روى عن الزهرى أنه قال : من أصاب في اعتكافه فهو كهيئة المظاهر . ثم قال أبو عبد الله . إذا كان نهاراً وجبت عليه الكفارة ، ويحتمل أن أن أبا عبد الله إنما أوجب عليه الكفارة

إذا فعل ذلك في رمضان . لأنه اعتبر ذلك في النهار لأجل الصوم . ولو كان لمجرد الاعتكاف لما اختص الوجوب بالنهار ، كما لا يختص الفساد به . وحكى عن أبي بكر أن عليه كفارة يمين . ولم أر هذا عن أبي بكر في كتاب الشافى . ولعل أبا بكر إنما أوجب عليه كفارة في موضع تضمن الإقصاد بالإخلال بالنذر فوجب لخالفه نذره ، وهى كفارة يمين . فأما في غير ذلك فلا . لأن الكفارة إنما تجب بنص أو إجماع أو قياس ، وليس هاهنا نص ولا إجماع ولا قياس . فإن نظير الاعتكاف الصوم ، ولا يجب بإفساده كفارة إذا كان تطوعاً ولا مندوراً ما لم يتضمن الإخلال بنذره . فيجب به كفارة يمين كذلك هذا .

(فصل) فأما المباشرة دون الفرج . فإن كانت لغير شهوة فلا بأس بها ، مثل أن تغسل رأسه أو تقيله أو تناوله شيئاً . لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يذنى رأسه إلى عائشة وهو معتكف فترجله ، وإن كانت عن شهوة فهى محرمة . لقول الله تعالى (ولا تباشروهن وأتمم عاكفون في المساجد) ولقول عائشة : السنة البعتكف أن لا يعود مريضاً ، ولا يشهد جنازة ، ولا يمس امرأة ولا يباشرها ، رواه أبو داود ، ولأنه لا يأمن إفضاءها إلى إفساد الاعتكاف ، وما أفضى إلى الحرام كان حراماً ، فإن فعل فأنزل فسد اعتكافه ، وإن لم ينزل لم يفسد . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى في أحد قولي . وقال في الآخر : يفسد في الحالين . وهو قول مالك . لأنها مباشرة محرمة . فأفسدت الاعتكاف كما لو أنزل .

ولنا : أنها مباشرة لا تفسد صوماً ولا حجاً . فلم تفسد الاعتكاف كالمباشرة لغير شهوة ، وفارق الذى أنزل بها . لأنها تفسد الصوم ولا كفارة عليه ، إلا على رواية حنبل .

(فصل) وإن ارتد فسد اعتكافه لقوله تعالى (٣٩ : ٦٥) لن أشرك ليحبطن عملك) ولأنه خرج بالردة عن كونه من أهل الاعتكاف ، وإن شرب ما أسكره فسد اعتكافه لخروجه عن كونه من أهل المسجد .

(فصل) وكل موضع فسد اعتكافه فإن كان تطوعاً فلا قضاء عليه . لأن التطوع لا يلزم بالشروع فيه في غير الحج والعمرة ، وإن كان نذراً نظرنا . فإن كان نذر

أياماً متتابعة سد ما مضى من اعتكافه واستأنف . لأن التتابع وصف في الاعتكاف ، وقد أمكنه الوفاء به . فلزمه ، وإن كان نذر أياماً معينة كالعشرة الأواخر من شهر رمضان ففيه وجهان .

أحدهما : يبطل ما مضى ويستأنفه . لأنه نذر اعتكاف متتابعاً . فبطل بالخروج منه كما لو قيد بالتتابع بالفظه .

والثاني : لا يبطل . لأن ما مضى منه قد أدى العبادة فيه أداء صحيحاً ، فلم يبطل بتركها في غيره ، كما لو أفطر في أثناء شهر رمضان . والتتابع ههنا حصل ضرورة التعيين ، والتعيين مصرح به ، وإذا لم يكن بد من الإخلال بأحدهما ففيما حصل ضرورة أولى ، ولأن وجوب التتابع من حيث الوقت لا من حيث النذر . فالخروج في بعضه لا يبطل ما مضى منه ، كصوم رمضان إذا أفطر فيه ، فعلى هذا : يقضى ما أفسد فيه لحسب ، وعليه التكفارة على الوجهين جميعاً . لأنه تارك لبعض ما نذره وأصل الوجهين فيمن نذر صوماً معيناً فأفطر في بعضه . فإن فيه روايتين كاللذاهبين اللذين ذكرناهما .

(فصل) إذا نذر اعتكاف أيام متتابعة بصوم فأفطر يوماً . أفسد تنابعه . ووجب استئناف الاعتكاف لإخلاله بالإتيان بما نذره على صفته .

مسألة ، قال (وإذا وقعت فتنة خاف منها ترك اعتكافه . فإذا أمن بنى على ما مضى إذا كان نذر أياماً معلومة ، وقضى ما ترك ، وكفر كفرته يمين . وكذلك في التنفير إذا احتيج إليه) .

وجملته . أنه إذا وقعت فتنة خاف منها على نفسه إن قعد في المسجد أو على ماله نهياً أو حريقاً فله ترك الاعتكاف والخروج ، لأن هذا مما أباح الله تعالى لأجله ترك الواجب بأصل الشرع ، وهو الجمعة والجماعة ، فأولى أن يباح لأجله ترك ما أوجبه على نفسه ، وكذلك إن تعذر عليه المقام في المسجد لمرض لا يمكنه المقام معه فيه ، كالقيام المتدارك أو سلس البول أو الإغماء ، أو لا يمكنه المقام إلا بمشقة شديدة مثل أن يحتاج إلى خدمة وفراش . فله الخروج ، وإن كان المرض خفيفاً كالصداع ووجع الضرس ونحوه ، فليس له الخروج ، فإن خرج بطل اعتكافه ،

وله الخروج إلى ما يتعين عليه من الواجب مثل الخروج في التغير إذا عم ، أو حضر
عدو يخافون كلبه ، واحتيج إلى خروج المعتكف ، لومه الخروج . لأنه واجب
متعين ، فإزم الخروج إليه كالخروج إلى الجمعة ، وإذا خرج ثم زال عذره نظرنا ،
فإن كان قطوعاً فهو غير إن شاء رجع إلى معتكفه وإن شاء لم يرجع ، وإن كان
واجباً رجع إلى معتكفه فبني على ما مضى من اعتكافه ، ثم لا يخلو النذر من
ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون نذر اعتكافاً في أيام غير متتابعة ولا معينة ، فهذا لا يلزمه
قضاء ، بل يتم ما بقى عليه ، لكنه يبتدىء اليوم الذي خرج فيه من أوله ليكون
متتابعاً ، ولا كفارة عليه ، لأنه أتى بما نذر على وجهه ، فلا يلزمه كفارة كما
لو لم يخرج

الثاني : نذر أياماً معينة ك شهر رمضان . فعليه قضاء ما ترك وكفارة يمين . بمنزلة
تركة المنذور في وقته ، ويحتمل أن لا يلزمه كفارة . على ما سذكره إن شاء الله .

الثالث : نذر أياماً متتابعة ، فهو غير بين البناء والقضاء والتكفير . وبين
الابتداء ، ولا كفارة عليه . لأنه أتى بالمنذور على وجهه ، فلم يلزمه كفارة ، كما
لو أتى به من غير أن يسبقه الاعتكاف الذي قطعه ، وذكر الخرق مثل هذا في
الصيام ، فقال : ومن نذر أن يعوم شهراً متتابعاً ولم يسمه . فرض في بعضه فإذا
عوفى بنى على ما مضى من صيامه ، وقضى ما ترك وكفر كفارة يمين ، وإن أحب
أتى بشهر متتابع ولا كفارة عليه ، وقال أبو الخطاب ، فيمن ترك الصيام المنذور
لعذر : فمن أحمد فيه رواية أخرى . أنه لا كفارة عليه ، وهو قول مالك والشافعي
وأبي عبيد . لأن المنذور كالمشروع ابتداء ، ولو أفطر في رمضان لعذر لم يلزمه شيء .
فكذلك المنذور . وقال القاضي : إن خرج لواجب ، كجهاد تعين . أو أداء شهادة
واجبة ، فلا كفارة عليه ، لأنه خروج واجب لحق الله تعالى . فلم يجب به شيء ،
كالمرأة تخرج لحبضها أو نفاسها ، وحمل كلام الخرق على أنه بني على ما مضى دون
إيجاب الكفارة ، وظاهر كلام الخرق : أن عليه الكفارة . لأن النذر كاليمين .
ومن حلف على فعل شيء فحدث لزمته الكفارة . سواء كان لعذر أو غيره . وسواء
كانت المخالفة واجبة أو لم تكن ويفارق صوم رمضان . فإن الإخلال به والفطر فيه

لغير عذر لا يوجب الكفارة . ويفارق الحيض . فانه يتكرر ويظن وجوده في زمن التدر . فيصير كالخروج لحاجة الإنسان وكالمستثنى بلفظه .

« مسألة ، قال (والمتكف لا يتجر ولا يتكسب بالصنعة)

وجعلته : أن المتكف لا يجوز له أن يبيع ولا يشتري إلا ما لا بد له منه ، قال حنبل : سمعت أبا عبد الله يقول : المتكف لا يبيع ولا يشتري إلا ما لا بد له منه طعام أو نحو ذلك . فأما التجارة والأخذ والعطاء فلا يجوز شيء من ذلك : وقال الشافعي : لا بأس أن يبيع ويشتري ويخيط ويتحدث ما لم يكن مأثماً .

ولنا : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن البيع والشراء في المسجد » رواه الزمردى وقال : حديث حسن . ورأى عمران القصير رجلاً يبيع في المسجد فقال « يا عدا إن هذا سوق الآخرة . فإن أردت البيع فاخرج إلى سوق الدنيا . وإذا منع من البيع والشراء في غير حال الاعتكاف فيه أولى . فأما الصنعة فظاهر كلام الخرقى : أنه لا يجوز منها ما يتكسب به . لأنه بمنزلة التجارة بالبيع والشراء ، ويجوز ما يعمله لنفسه . تكيافة قيصه ونحوه ، وقد روى المروزي قال : سألت أبا عبد الله عن المتكف . ترى له أن يخيط ؟ قال : لا ينبغي له أن يعتكف إذا كان يريد أن يفعل . وقال القاضي : لا تجوز الخياطة في المسجد . سواء كان محتاجاً إليها أو لم يكن ؛ قل أوكثر : لأن ذلك معيشة أو تشغل عن الاعتكاف . فأشبهه البيع والشراء فيه ، والاولى أن يباح له ما يحتاج إليه من ذلك إذا كان يسيراً مثل أن يفتش قيصه فيخيطه ؛ أو ينحل شيء يحتاج إلى ربط فيربطه . لأن هذا يسير تدعو الحاجة إليه . فجرى مجرى لبس قيصه وعمامته وخلعهما .

(فصل) يستحب للمتكف التشاغل بالصلاة وتلاوة القرآن وذكر الله تعالى ونحو ذلك من الطاعات المحضة . ويحْتَظُّ ما لا يعنيه من الأقوال والأفعال ولا يكثر الكلام لأن من كثر كلامه كثر سقطه . وفي الحديث « من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه ، ويحْتَظُّ الجدال والمراء والسباب والفحش . فإن ذلك مَكْرُوه في غير الاعتكاف فيه أولى . ولا يبطل الاعتكاف بشيء من ذلك . لأنه لما لم يبطل

بمباح الكلام لم يطل بمحظوره . وعكسه الوطء ، ولا بأس بالكلام لحاجته ومحادثة غيره . فإن صفية زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم معتكفا فأتيته أزوره ليلا فحدثته . ثم قمت . فاقبلت . فقام معي ليلتي - وكان مسكنا في دار أسامة بن زيد - فررجلان من الانصار . فلما رأيا النبي صلى الله عليه وسلم أسرا فقالا النبي صلى الله عليه وسلم . على رسلكما إنها صفية بنت حيي . فقالا : سبحان الله يا رسول الله ، فقال : إن الشيطان يجري من الإنسان مجرى الدم . وإني خفيت أن يقذف في قلوبكما شرأ . أو قال شيئا ، متفق عليه . وقال على رضي الله عنه : أيما رجل اعتكف فلا يساب ولا يرفث في الحديث . ويأمر أهله بالحاجة . أي وهو يمشى ولا يجلس عندهم ، رواه الإمام أحمد

(فصل) فأما لإقراء القرآن وتدريس العلم ودرسه ومناظرة الفقهاء ومجالستهم وكتابة الحديث ونحو ذلك مما يتعدى نفعه فأكثر أصحابنا على أنه لا يستحب . وهو ظاهر كلام أحمد : وقال أبو الحسن الأمدى : في استحباب ذلك روايتان . واختار أبو الخطاب : أنه مستحب . إذا قصد به طاعة الله تعالى لا المباحاة . وهذا مذهب الشافعي : لأن ذلك أفضل العبادات . ونفعه يتعدى . فكان أولى من تركه كالصلاة . واحتج أصحابنا بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعتكف فلم ينقل عنه الاشتغال بغير العبادات المختصة به . ولأن الاعتكاف عبادة من شرطها المسجد . فلم يستحب فيها ذلك كالطواف . وما ذكره يطل بعبادة المرضى وشهود الجنائز . فعلى هذا القول فعله لهذه الأفعال أفضل من الاعتكاف . قال المروزي : قلت لأبي عبد الله : إن رجلا يقرأ في المسجد وهو يريد أن يعتكف . ولعله أن يختم في كل يوم ؟ فقال : إذا فعل هذا كان لنفسه . وإذا قدم في المسجد كان له ولغيره . يقرأ أحب إلي ، وسئل : أيما أحب إليك : الاعتكاف أو الخروج إلى عبادان ؟ قال : ليس يعدل . الجهاد عندي شيء . يعني أن الخروج إلى عبادان أفضل من الاعتكاف (١) .

(فصل) وليس من شريعة الإسلام : الصمت عن الكلام . وظاهر الاخبار

(١) عبادان بلد معروف . والظاهر أنه كان في زمنهم محل مرابطة .

تحريمه ، قال قيس بن مسلم ، دخل أبو بكر الصديق . رضى الله عنه . على امرأة من أحسن ، يقال لها زينب ، فرآها لا تسكلم . فقال : ما لها لا تسكلم ؟ قالوا : حجت مصمتة ، فقال لها : تسكلمى ، فإن هذا لا يحل ، هذا من أعمال الجاهلية . فتسكلمت ، رواه البخارى ، وروى أبو داود بإسناده عن على رضى الله عنه قال : حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا صمات يوم إلى الليل » وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن صوم الصمات ، فإن نذر ذلك فى اعتكافه أو غيره لم يلزمه الوفاء به . وهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر ولا نعلم فيه مخالفاً لما روى ابن عباس قال « بينما النبي صلى الله عليه وسلم يخطب إذا هو برجل قائم . فسأل عنه ؟ فقالوا : أبو إسرائيل ، نذر أن يقوم فى الشمس ولا يقعد ولا يستظل ولا يسكلم ، ويصوم . فقال النبي صلى الله عليه وسلم مروه فليتكلم . وليستظل وليقعد وليتم صومه » رواه البخارى . ولأنه نذر فعل منهى عنه فلم يلزمه ، كنذر المباشرة فى المسجد ، وإن أراد فعله لم يكن له ذلك ، سواء قدره أو لم يندره ، وقال أبو ثور وابن المنذر : له فعله إذا كان أسلم .

ولنا : الهى عنه . وظاهره التحريم . والأمر بالكلام ومقتضاه الوجوب . وقول أبي بكر الصديق رضى الله عنه « إن هذا لا يحل هذا من عمل الجاهلية ، وهذا ضريح ولم يخالفه أحد من الصحابة فيما علمناه ، واتباع ذلك أولى .

(فصل) ولا يجوز أن يجعل القرآن بدلا من الكلام . لأنه استعمال له فى غير ما هو . فأشبه استعمال المصحف فى التوسد ونحوه ، وقد جاء « لا تناظروا بكتاب الله » قيل : معناه لا تسكلم به عند الشيء تراه كأن ترى رجلا قد جاء فى وقته فتقول (٢٠ : ٤٠ وجئت على قدر يا موسى) أو نحوه . ذكر أبو عبيدة نحو هذا المعنى .

« مسألة » قال (ولا بأس أن يتزوج فى المسجد ، ويشهد النكاح) .

ولما كان كذلك . لأن الاعتكاف عبادة لا يحرم الطيب ، فلم تحرم النكاح كالصوم . ولأن النكاح طاعة وحضوره قرينة ، ومدته لا تتناول فيتشغل به عن الاعتكاف . فلم يكره فيه ، كتمشيت العاطس ورد السلام .

(فصل) ولا بأس أن يتنظف بأنواع التنظف . لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يرجل رأسه وهو متكف ، وله أن يتطيب ويلبس الرفيع من الثياب . وليس ذلك بمستحب ، قال أحمد : لا يعجبني أن يتطيب : وذلك لأن الاعتسكاف عبادة تختص مسكانا ، فكان ترك الطيب فيها مشروعا كالخج ، وليس ذلك بمحرم ؛ لأنه لا يحرم اللباس ولا التسكاح ، فأشبه الصوم .

(فصل) ولا بأس أن يأكل المتكف في المسجد ، ويضع سفرته يسقط عليها ما يقع منه كيلا يلوث المسجد ، ويغسل يده في الطست ليفرغ خارج المسجد ولا يجوز أن يخرج لغسل يده . لأن من ذلك بدأ ، وهل يكره تجديد الطهارة في المسجد ؟ فيه روايتان .

لأحدهما : لا يكره ، لأن أبا العالية قال : حدثني من كان يخدم النبي صلى الله عليه وسلم قال : أما ما حفظت لكم منه أنه كان يتوضأ في المسجد ، وعن ابن عمر أنه قال كان يتوضأ في المسجد الحرام على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجال والنساء وعن ابن سيرين قال كان أبو بكر وعمر والخلفاء يتوضئون في المسجد ، وروى ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعطاء وطاوس وابن جريج .

والأخرى : يكره ، لأنه لا يسلم من أن ييصق في المسجد أو يتمخط ، والبصاق في المسجد خطيئة ، ويبل من المسجد مكانا يمنع المصلين من الصلاة فيه ، وإن خرج من المسجد للوضوء وكان مجديداً بطل ، لأنه خروج لما له منه بد ، وإن كان وضوؤه من حدث لم يطل . لأن الحاجة داعية إليه ، سواء كان في وقت الصلاة أو قبلها ، لأنه لا بد من الوضوء للحدث ، وإنما يتقدم عن وقت الحاجة إليه لمصلحة وهو كونه على وضوء وربما يحتاج إلى صلاة النافلة به .

(فصل) إذا أراد أن يبول في المسجد في طست . لم يمح له ذلك ، لأن المساجد لم تكن لهذا ؛ وهو مما يقبح ويفحش ويستخفى به ، فوجب صيانة المسجد عنه كما لو أراد أن يبول في أرضه ثم يغسله وإن أراد القصد أو الحاجة فيه فكذلك ذكره القاضي . لأنه لإراقة نجاسة في المسجد ؛ فأشبه البول فيه ؛ وإن دعت إليه حاجة كبيرة خرج من المسجد ففعله ؛ وإن استغنى عنه لم يكن له الخروج إليه كالارض

الذى يمكن احتماله ، وقال ابن عقيل : يحتمل أن يجوز الفصد في المسجد في طست ،
بدليل أن المستحاضة يجوز لها الاعتكاف ، ويكون تحتها شيء يقع فيه الدم ، قالت
عائشة « اعتكفت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من أزواجه مستحاضة ،
فكانت ترى الحرة والصغرة وربما وضعت الطست تحتها وهي تصلى ، رواه البخارى ،
والفرق بينهما : أن المستحاضة لا يمكنها التحرز من ذلك إلا بترك الاعتكاف ،
بخلاف الفصد .

« مسألة ، قال (والمتوفى عنها زوجها) وهي مستكفة تخرج لقضاء العدة وتفعل
كافعل الذى خرج لفتنة) .

وجملته : أن المستكفة إذا توفى زوجها لزمها الخروج لقضاء العدة ، وبهذا قال
الشافعى ، وقال ربيعة ومالك وابن المنذر : تمضى في اعتكافها حتى تفرغ منه ، ثم
ترجع إلى بيت زوجها فتعتد فيه . لأن الاعتكاف المنذور واجب ، والاعتداد في
البيت واجب ، فقد تعارض واجبان فيقدم أسبقهما .

ولنبينا : أن الاعتداد في بيت زوجها واجب . فلزمها الخروج إليه كالجمعة في
حق الرجل ، ودليلهم ينتقض بالخروج إلى الجمعة وسائر الواجبات ، وظاهر كلام
الخرقى : أنها كالذى خرج لفتنة ، وأنها تبني وتقضى ونكفر ، وقال القاضى :
لا كفارة عليها ، لأن خروجها واجب ، وقد مضى القول فيه .

(فصل) وليس للزوجة أن تعتكف إلا بإذن زوجها ، ولأللملوك أن يعتكف
إلا بإذن سيده ، لأن منافعهما مملوكة لغيرهما . والاعتكاف يفوتها ويمنع استيفاءها
وليس بواجب عليهما بالشرع ، فكان لها المنع منه ، وأم الولد والمدبر كالقن في هذا
لأن المالك باق فيهما . فإن أذن السيد والزوج لها ثم أراد إخراجها منه بعد
شروعها فيه فلهما ذلك في التطوع . وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة في العبد
كقولنا . وفي الزوجة : ليس لزوجها إخراجها . لأنها تملك بالتبليك . فالإذن أسقط
حقه من منافعهما . وأذن لها في استيفائها فلم يكن له الرجوع فيها كما لو أذن لها في
الحج فأحرمت به ، بخلاف العبد فإنه لا يملك بالتبليك . وقال مالك : ليس له

تحليلهما . لأنهما عقدا على أنفسهما تمليك منافع كانا يملكانها لحق الله تعالى . فلم يجوز الرجوع فيها ، كالأحرما بالحج بإذنتهما .

ولنا : أن لهما المنع منه ابتداء فكان لهما المنع منه دواما كالعارية . ويخالف الجميع . لأنه يلزم بالشروع فيه ، بخلاف الاعتكاف على ما مضى من الخلاف فيه . فإن كان ما أذنا فيه مندورا لم يكن لهما تحليلهما منه . لأنه يتعين بالشروع فيه . ويجب إتمامه ، فيصير كالحج إذا أحرما به ، فأما إن نذرا الاعتكاف فأراد السيد والزوج منعهما الدخول فيه فظرت . فإن كان النذر بإذنتهما وكان معينا لم يملكا منعهما منه . لأنه وجب بإذنتهما ، وإن كان بغير إذنتهما فلمها منعهما منه . لأن نذرهما تضمن تفويت حق غيرهما بغير إذنه . فكان لصاحب الحق المنع منه ، وإن كان النذر المأذون فيه غير معين ، فهل لهما منعهما ؟ على وجهين . أحدهما : لهما ذلك منعهما . لأن حقهما ثابت في كل زمن . فكان تعيين زمن سقوطه إليهما كالدين . والثاني : ليس لهما ذلك . لأنه وجب الزامه بإذنتهما . فأشبهه المعين ، وأما المعلق بعبء فإن كان بينه وبين سيده مهايأة ، فله أن يعتكف في يومه بغير إذن سيده . لأن منافعه غير مملوكة لسيده في هذا اليوم ، وحكمه في يوم سيده حكم الفن فإن لم يكن بينهما مهايأة فليسيده منه . لأن له ملكا في منافعه في كل وقت .

(فصل) وأما المكاتب فليس لسيده منعه من واجب ولا تطوع . لأنه لا يستحق منافعه . وليس له إجباره على الكسب وإنما له دين في ذمته فهو كالحر المدين .

« مسألة ، قال (وإذا حاضت المرأة خرجت من المسجد وضربت خباء في الرحبة) .

أما خروجها من المسجد فلا خلاف فيه : لأن الحيض حدث يمنع اللبس في المسجد ، فهو كالجنب وأكد منه . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا أحل المسجد لحائض ولا جنب ، رواه أبو داود .

وإذا ثبت هذا : فإن المسجد إن لم يكن له رحبة رجعت إلى بيتها . فإذا طهرت رجعت فأتمت اعتكافها وقضت ما فاتها ، ولا كفارة عليها ، نص عليه أحمد ، لأنه خروج معتاد واجب ، أشبه الخروج للجمعة أو لما لا بد منه ، وإن كانت له رحبة

خارجة من المسجد يمكن أن تضرب فيها خيامها : فقال الخرقى : تضرب خيامها فيها مدة حيضها ، وهو قول أبي قلابة ، وقال النخعي : تضرب فسطاطها في دارها ، فإذا طهرت قضت تلك الأيام ، وإن دخلت بيتاً أو سقفاً استأنفت ، وقال الزهري ، وعمر بن دينار ، وربيعة ، ومالك ، والشافعي : ترجع إلى منزلها ، فإذا طهرت فترجع ، لأنه وجب عليها الخروج من المسجد ، فلم يلزمها الإقامة في رحبته كالخارجة لعدة أو خوف فتنة .

ووجه قول الخرقى : ما روى المقدم بن شرح عن عائشة قالت « كن معتكفات إذا حضن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بإخراجهن من المسجد ، وأن يضربن الأخبية في رحبة المسجد حتى يطهرن » ، رواه أبو حفص بإسناده . وفارق المعتدة . فإن خروجها لتقيم في بيتها وتعتد فيه . ولا يحصل ذلك مع الكون في الرحبة ، وكذلك الخائفة من الفتنة خروجها لتسلم من الفتنة . فلا تقيم في موضع لا تحصل السلامة بالإقامة فيه . والظاهر : إن إقامتها في الرحبة مستحب . وليس بواجب ، وإن لم تقيم في الرحبة ورجعت إلى منزلها أو غيره فلا شيء عليها . لأنها خرجت بإذن الشرع . ومتى طهرت رجعت إلى المسجد فقضت وبنت ، ولا كفارة عليها . لا نعلم فيه خلافاً . لأنه خروج لعذر معتاد . أشبه الخروج لقضاء الحاجة . وقول إبراهيم تحسك لا دليل عليه .

(فصل) فأما الاستحاضة : فلا تمنع الاعتكاف . لأنها لا تمنع الصلاة ولا الطواف . وقد قالت عائشة « اعتكفت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من أزواجه مستحاضة . فكانت ترى الحرة والصفرة . وربما وضعنا الطست تحتها وهي تصلي » ، أخرجه البخاري .

إذا ثبت هذا . فإنها تحتفظ وتتلعج لثلاث تلوث المسجد . فإن لم يمكن صيانتها منها خرجت من المسجد . لأنه عذر وخروج لحفظ المسجد من نجاستها . فأشبه الخروج لقضاء حاجة الإنسان .

(فصل) الخروج المباح في الاعتكاف الواجب ينقسم أربعة أقسام : أحدها : ما لا يوجب قضاء ولا كفارة ، وهو الخروج لحاجة الإنسان . وشبهه بما لا بد منه .

والثاني : ما يوجب قضاء بلا كفارة ، وهو الخروج للحيض .
والثالث : ما يوجب قضاء وكفاوة . وهو الخروج لفتنة . وشبهه مما يخرج
لحاجة نفسه .

والرابع . ما يوجب قضاء وفي الكفارة وجهان . وهو الخروج الواجب
كالخروج في النفير ؛ أو العدة في قول القاضي لا كفارة عليه . لأنه واجب لحق
الله تعالى . أشبه الخروج للحيض . وظاهر كلام الحرقى : وجوبها ، لأنه خروج غير
معتاد . فأوجب الكفارة للخروج لفتنة .

« مسألة ، قال (ومن نذر أن يعتكف شهراً بعينه دخل المسجد قبل غروب
الشمس) .

وهذا قول مالك والشافعي . وحكى ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى : أنه
يدخل معتكفه قبل طلوع الفجر من أوله . وهو قول الليث وزفر . لأن النبي صلى الله
عليه وسلم « كان إذا أراد أن يعتكف صلى الصبح ثم دخل معتكفه » متفق عليه
ولأن الله تعالى قال (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) ولا يلزم الصوم إلا من قبل
طلوع الفجر ، ولأن الصوم شرط في الاعتكاف . فلم يحز ابتداءه قبل : مرطه .

ولنا : أنه نذر الشهر وأوله غروب الشمس . ولهذا تحمل الديون المعلقة به ويقع
الطلاق والعتاق المعلقان به . ووجب أن يدخل قبل الغروب ليستوفي جميع الشهر .
فإنه لا يمكن إلا بذلك . وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . كما سلك جزء من
الليل مع النهار في الصوم وأما الصوم : فإن محله النهار . فلا يدخل فيه شيء من
الليل في أثنائه ولا ابتدائه إلا ما حصل ضرورة ، بخلاف الاعتكاف .
وأما الحديث فقال ابن عبد البر : لا أعلم أحداً من الفقهاء قال به ، على أن الخبر
إنما هو في التطوع . فتى شاء دخل . وفي مسألتنا نذر شهراً فيلزمه اعتكاف شهر
كامل . ولا يحصل إلا أن يدخل فيه قبل غروب الشمس من أوله . ويخرج بعد
غروبها من آخره . فأشبه ما لو نذر اعتكاف يوم . فإنه يلزمه الدخول فيه قبل
طلوع فجره . ويخرج بعد غروب شمس .

(فصل) وإن أحب اعتكاف العشر الأواخر من رمضان تطوعاً
ففيه روايتان :

أحدهما : يدخل قبل غروب الشمس من ليلة إحدى وعشرين . لما روى
عن أبي سعيد ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعتكف العشر الأواخر
من رمضان ، حتى إذا كان ليلة إحدى وعشرين . وهي الليلة التي يخرج في صيحتها
من اعتكافه ، قال . من كان اعتكف معي فليعتكف العشر الأواخر ، متفق عليه .
ولأن العشر بغير هاء عدد الليالي فإنها عدد المؤنث . قال الله تعالى (وليال عشر)
وأول الليالي العشر : ليلة إحدى وعشرين .

والرواية الثانية : يدخل بعد صلاة الصبح . قال حنبل قال أحمد : أحب
لئلى أن يدخل قبل الليل ولكن حديث عائشة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم كان
يصلى الجهر ثم يدخل معتكفه ، وهذا قال الأوزاعي وإسحاق . ووجهه : ما روى
عمرة عن عائشة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا صلى الصبح دخل معتكفه ،
متفق عليه ، وإن نذر اعتكاف العشر في وقت دخوله الروايتان جميعاً .

(فصل) ومن اعتكف العشر الأواخر من رمضان استحب أن يبيت ليلة
العید في معتكفه . نص عليه أحمد وروى عن النخعي . وأبي مجاز وأبي بكر بن
عبد الرحمن والمطلب بن حنطب وأبي قلابه : أنهم كانوا يستحبون ذلك . وروى
الأثرم . بإسناده عن أيوب عن أبي قلابه ، أنه كان يبيت في المسجد ليلة الفطر
ثم يغدو كما هو إلى العيد وكان . يعني في اعتكافه . لا يلقى له حصير ولا مصلى
يجلس عليه . كان يجلس كأنه بعض القوم . قال : فأتيته في يوم الفطر . فإذا في
سجده جويرية مريضة ما ظنننها إلا بعض بناته فإذا هي أمة له . فأعتقها وغدا
كما هو إلى العيد ، وقال إبراهيم ، كانوا يحبون لمن اعتكف العشر الأواخر من رمضان
أن يبيت ليلة الفطر في المسجد ثم يغدو إلى المصلى من المسجد .

(فصل) وإذا نذر اعتكاف شهر لزمه شهر بالأهلة أو ثلاثون يوماً . وهل
يلزمه التتابع ؟ على وجهين بناء على الروايتين في نذر الصوم .

أحدهما : لا يلزمه . وهو مذهب الشافعي . لأنه معنى يصح فيه التفريق ،
فلا يجب فيه التتابع بمطلق النذر كالصيام .

والثاني : يلزمه التتابع . وهو قول أبي حنيفة ومالك . وقال القاضي : يلزمه التتابع قولاً واحداً . لأنه معنى يحصل في الليل والنهار . فإذا أطلقه اقتضى التتابع كما لو حلف لا يكلم زيداً شهراً وكدة الإيلاء والعنة والعدة . وهذا فارق الصيام . فإن أتى بشهر بين هلالين أجزأه ذلك ، وإن كان نائصاً . وإن اعتكف ثلاثين يوماً من شهرين جاز وتدخل فيه الليالي ، لأن الشهر عبارة عنهما ولا يجوز منه أقل من ذلك ، وإن قال : لله على أن اعتكف أيام هذا الشهر ، أو ليالي هذا الشهر ، لزمه ما نذر ، ولم يدخل فيه غيره ، وكذلك إن قال : شهراً في النهار ، أو في الليل .

(فصل) وإن قال : لله على أن اعتكف ثلاثين يوماً . فعلى قول القاضي : يلزمه التتابع ، وقال أبو الخطاب : لا يلزمه ، لأن اللفظ يقتضي ما تناوله ، والأيام المطلقة توجد بدون التتابع . فلا يلزمه كما لو قال : لله على أن أصوم ثلاثين يوماً ، فعلى قول القاضي : يدخل فيه الليالي الداخلة في الأيام المنذورة . كما لو نذر شهراً ، ومن لم يوجب التتابع لا يقتضي أن تدخل الليالي فيه ، إلا أن ينويه ، فإن نوى التتابع أو شرطه لزمه ، ودخل الليل فيه ، ويلزمه ما بين الأيام من الليالي . وبه قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : يلزمه من الليالي بعدد الأيام إذا كان على وجه الجمع والتثنية يدخل فيه مثله من الليالي ، والليالي تدخل معها الأيام بدليل قوله تعالى (١٩ . ١٠) آيتك ألا تكلم الناس ثلاث ليال سوياً وقال في موضع آخر (٢ ، ٤١) ثلاثة أيام إلا رمزاً .

ولنا : أن اليوم اسم لبياض النهار ، والتثنية والجمع تكرار للواحد ، وإنما تدخل الليالي تبعاً لوجوب التتابع ضمناً . وهذا يحصل بما بين الأيام خاصة ، فاكتم في به ، وأما الآية : فإن الله تعالى نص على الليل في موضع والنهار في موضع فصار منصوباً عليهما . فإن نذر اعتكاف يومين متتابعين لزمه يومان وليلة بينهما وإن نذر اعتكاف يومين مطلقاً . فعلى قول القاضي : هو كما لو نذرهما متتابعين . وكذلك لو نذر لياليتين لزمه اليوم الذي بينهما ، وعلى قول أبي الخطاب : لا يلزمه التتابع ، ولا ما بينهما إلا بلفظه أو نيته .

(فصل) وإن نذر اعتكاف يوم لم يحجز تفريقه ، ويلزمه أن يدخل معتكفه قبل طلوع الفجر ، ويخرج منه بعد غروب الشمس ، وقال مالك : يدخل معتكفه

قبل غروب الشمس من ليلة ذلك اليوم ، كقولنا في الشهر ، لأن الليل يتبع النهار بدليل ما لو كان متتابعاً .

ولنا : أن الليلة ليست من اليوم وهي من الشهر . قال الخليل : اليوم اسم لما بين طلوع الفجر وغروب الشمس . وإنما دخل الليل في المتتابع ضمناً . ولهذا خصصناه بما بين الأيام . وإن نذر اعتكاف ليلة لزمه دخول معتكفه قبل غروب الشمس ، ويخرج منه بعد طلوع الفجر . وليس له تفريق الاعتكاف . وقال الشافعي : له تفريقه . هذا ظاهر كلامه ، قياساً على تعريف الشهر .

ولنا : أن إطلاق اليوم يفهم منه التتابع فيلزمه . كما لو قال متتابعاً ، وفارق الشهر فإنه اسم لما بين الهلالين ، واسم لثلاثين يوماً ، واسم لغير ذلك ، واليوم لا يقع في الظاهر إلا على ما ذكرنا ، وإن قال في وسط النهار : لله على أن اعتكف يوماً من وقتي هذا ، لزمه الاعتكاف من ذلك الوقت إلى مثله ، ويدخل فيه الليل ، لأنه في خلال نذره ، فصار كما لو نذر يومين متتابعين ، وإنما لزمه بعض يومين لتعيينه ذلك بنذره ، فعلينا أنه أراد ذلك ولم يرد يوماً صحيحاً .

(فصل) وإن نذر اعتكافاً مطلقاً ، لزمه ما يسمى به معتكفاً ولو ساعة من ليل ونهار إلا على قولنا بوجوب الصوم في الاعتكاف ، فيلزمه يوم كامل ، فأما اللحظة وما لا يسمى به معتكفاً . فلا يجزئه على الروایتين جميعاً .

(فصل) ولا يتعين شيء من للمساجد بنذره الاعتكاف فيه إلا للمساجد الثلاثة . وهي : المسجد الحرام ومسجد النبي صلى الله عليه وسلم ، والمسجد الأقصى . لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، والمسجد الأقصى ، ومسجدي هذا ، متفق عليه ، ولو تعين غيرها بتعيينه لزمه المضى إليه . واحتاج إلى شد الرحال لقضاء نذره فيه . ولأن الله تعالى لم يعين لعباده مكاناً . فلم يتعين بمحيط غيره ، وإنما تعينت هذه المساجد الثلاثة للخبر الوارد فيها ، ولأن العبادة فيها أفضل . فإذا عين ما فيه فضيلة لزمته كأنواع العبادة . وبهذا قال الشافعي في صحيح قوله . وقال في الآخر . لا يتعين المسجد الأقصى . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه »

إلا المسجد الحرام ، رواه مسلم . وهذا يدل على التسوية فيما عدا هذين المسجدين . لأن المسجد الأقصى لو فضلت الصلاة فيه على غيره للزم أحد أمرين : إما خروجه من عموم هذا الحديث ، وإما كون فضيلته بألف مختصا بالمسجد الأقصى .
ولنا أنه من المساجد التي تشد الرجال إليها ، فتعين بالتعين في النذر ، كسجد النبي صلى الله عليه وسلم ، وما ذكروه لا يلزم ، فإنه إذا فضل التفاضل بألف فقد فضل المقضول بها أيضاً .

(فصل) وإن نذر الاعتكاف في المسجد الحرام ، لم يكن له الاعتكاف فيما سواه . لأنه أفضلها ، ولأن عمر د نذر أن يعتكف ليلة في المسجد الحرام في الجاهلية فسأل النبي صلى الله عليه وسلم ؟ فقال : أوف بندرك ، متفق عليه . وإن نذر أن يعتكف في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم جاز له أن يعتكف في المسجد الحرام ، لأنه أفضل منه . ولم يجوز أن يعتكف في المسجد الأقصى . لأن مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أفضل منه . وقال قوم : مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أفضل من المسجد الحرام . لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما دفن في غير البقاع ، وقد نقله الله تعالى من مكة إلى المدينة فدل على أنها أفضل .

ولنا : قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام » ، وروى في خبر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « صلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة فيما سواه » ، رواه ابن ماجه فيدخل في عموم مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ؛ فتكون الصلاة فيه أفضل من مائة ألف صلاة فيما سوى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ، فأما إن نذر الاعتكاف في المسجد الأقصى جاز له أن يعتكف في المسجدين الآخرين ؛ لأنهما أفضل منه ، وقد روى الإمام أحمد في مسنده عن رجال من الأنصار من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم « أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم يوم الفتح ؛ والنبي صلى الله عليه وسلم في مجلس قريبا من المقام ؛ فسلم على النبي صلى الله عليه وسلم وقال : يا نبي الله ؛ إني نذرت لئن فتح الله للنبي صلى الله عليه وسلم والمؤمنين مكة لأصلي في بيت المقدس ؛ وإني وجدت رجلا من أهل الشام ههنا في قرش مقبلا معي ومدبرا » (١٣٢ - ج ٣ - النبي)

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مهنا فصل . فقال الرجل قوله هذا ثلاث مرات ؛ كل ذلك يقول النبي صلى الله عليه وسلم : مهنا فصل . ثم قال الرابعة مقالته هذه ؛ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اذهب فصل فيه . فوالاى بعث محمداً بالحق لو صليت هاهنا لقضى عنك ذلك كل صلاة فى بيت المقدس ، ومتى نذرا لاعتكاف فى غير هذه المساجد فانهم معتكفوه ولم يمكن المقام فيه لزمه إتمام الاعتكاف فى غيره ولم يبطل اعتكافه .

(فصل) إذا نذر اعتكاف يوم يقدم فلان صح نذره ؛ فان ذلك ممكن ، فان قدم فى بعض النهار لزمه اعتكاف الباقي منه ؛ ولم يلزمه قضاء ما فات . لانه فات قبل شرط الوجوب فلم يجب : كالمو نذر اعتكاف زمن ماض . لكن إذا قلنا : شرط صحة الاعتكاف الصوم . لزمه قضاء يوم كامل ؛ لانه لا يمكنه أن يأتى بالاعتكاف فى الصوم فيما بقى من النهار ولا قضاؤه متميزاً بما قبله ؛ فلزمه يوم كامل ضرورة كالمو نذر صوم يوم يقدم فلان ؛ ويحتمل أن يجزئه اعتكاف ما بقى منه إذا كان صائماً ؛ لانه قد وجد اعتكاف مع الصوم . وإن قدم ليلاً لم يلزمه شيء . لأن ما ألزمه بالنذر لم يوجد . فان كان للناذر عذر يمنعه الاعتكاف عند قدوم فلان من حبس ؛ أو مرض قضى وكفر ؛ لفوات النذر فى وقته . ويقضى بقيسة اليوم فقط على حسب ما كان يلزم فى الأداء فى الرواية المنصورة ؛ وفى الأخرى يقضى يوماً كاملاً . بناء على اشتراط الصوم فى الاعتكاف .

كتاب الحج

الحج في اللغة : القصد . وعن الخليل قال : الحج كثرة القصد إلى من تعظمه .
قال الشاعر :

وأشهد من عوف حثولا كثيرة • يحجون سب الزرقان المزعفرا
أى يقصدون . والسب الهمامة . وفي الحج لعتان : الحج والحج - بفتح
الحاء وكسرها .

والحج في الشرع : اسم لأفعال مخصصة بأى ذكرها إن شاء الله . وهو أحد
الأركان الخمسة التى بنى عليها الإسلام . والأصل فى وجوبه : الكتاب
والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى (٢ : ٩٧) والله على الناس حج البيت من استطاع
إليه سبيلا ومن كفر فإن الله غنى عن العالمين) روى عن ابن عباس : ومن كفر
باعتقاده أنه غير واجب . وقال الله تعالى (٢ : ١٩٦) وأتموا الحج والعمرة لله .

وأما السنة : فقول النبي صلى الله عليه وسلم « بنى الإسلام على خمس » وذكر فيها
الحج ، وروى مسلم بإسناده عن أبى هريرة قال « خطبنا رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال ؟ يا أيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا . فقال رجل : أكل
عام يا رسول الله ؟ فسكت حتى قالها ثلاثا . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
لو قلت نعم لوجبت ، ولما استطعتم . ثم قال : ذرونى ما تركتكم . فإنما هلك من
كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم . فإذا أمرتكم بشئ فأتوا منه
ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شئ فدعوه » فى أخبار كثيرة سوى هذين ، وأجمعت
الامة على وجوب الحج على المستطيع فى العمر مرة واحدة .

« مسألة ، قال أبو القاسم (ومن ملك زادا وراحلة ، وهو بالغ عاقل . لزمه
الحج والعمرة) .

وجملة ذلك : أن الحج إنما يجب بخمسة شرائط : - الإسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والحرية ، والاستطاعة . لا نعلم في هذا كله اختلافاً . فأما الصبي والمجنون : فليسا بمكلفين . وقد روى علي بن أبي طالب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : رفع القلم عن ثلاثة - عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يشب ، وعن المعتوه حتى يعقل ، رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال : حديث حسن ، وأما العبد فلا يجب عليه . لأنه عبادة تقطوع مدتها ، وتعلق بقطع مسافة . وتشترب لها الاستطاعة بالزاد والراحلة . ويضيع حقوق سيده المتعلقة به . فلم يجب عليه كالجهاد ، وأما الكافر : فغير مخاطب بفروع الدين خطاباً يلزمه أداء . ولا يوجب قضاء . وغير المستطيع لا يجب عليه . لأن الله تعالى خص المستطيع بالإيجاب عليه . فيختص بالوجوب . وقال الله تعالى (لا يكاف الله نفساً إلا وسعها) .

(فصل) وهذه الشروط الخمسة . تنقسم أقساماً ثلاثة منها : ما هو شرط للوجوب والصحة ، وهو : الإسلام : والعقل . فلم يجب على كافر ، ولا مجنون ، ولا تصح منهما لأنهما ليسا من أهل العبادات ، ومنها : ما هو شرط للوجوب والأجزاء . وهو البلوغ ، والحرية ، وليس بشرط للصحة . فلو حج الصبي ، والعبد صح حجهما ولم يجزئهما عن حجة الإسلام ، ومنها : ما هو شرط للوجوب فقط . وهو الاستطاعة . فلو تجشم غير المستطيع المشقة . وسار بغير زاد وراحلة فحج كان حجه صحيحاً مجزئاً كما لو تكلف القيام في الصلاة والصيام من يسقط عنه أجزاءه .

(فصل) واختلفت الرواية في شرطين وهما : تخلية الطريق . وهو أن لا يكون في الطريق مانع من عدو ونحوه ، وإمكان المـير ، وهو أن تـكـل فيه هذه الشرائط والوقت متسع يمكنه الخروج إليه . فروى أنهما من شرائط الوجوب فلا يجب الحج بدونهما . لأن الله تعالى إنما فرض الحج على المستطيع . وهذا غير مستطيع . ولأن هذا يتعذر معه فعل الحج فكان شرطاً كالزاد والراحلة . وهذا مذهب أبي حنيفة ، والشافعي . وروى أنهما ليسا من شرائط الوجوب . وإنما يشترطان للزوم السعي فلو كملت هذه الشروط الخمسة ، ثم مات قبل وجود هذين الشرطين حجج عنه بعد موته وإن أعسر قبل وجودهما بقي في ذمته . وهذا ظاهر كلام الحنفي . فانه لم يذكرهما .

وذلك : لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل ما يوجب الحج قال : الزاد والراحلة ، قال الترمذى . هذا حديث حسن . وهذا له زاد وراحلة ولأن هذا عذر يمنع نفس الأداء فلم يمنع الوجوب كالغضب ، ولأن إمكان الأداء ليس بشرط فى وجوب العبادات بدليل ما لو ظهرت الحائض أو بلغ الصبي أو أفاق المجنون . ولم يبق من وقت الصلاة ما يمكن أدائها فيه ، والاستطاعة مفسرة بالزاد والراحلة . فيجب المصير إلى تفسيره ، والفرق بينهما وبين الزاد والراحلة . أنه يتعذر مع فقدهما الأداء دون القضاء ، وفقد الزاد والراحلة يتعذر مع الجميع فافترقا .

(فصل) وإمكان المسير معتبر بما جرت به العادة ، فلو أمكنه المسير بأن يحمل على نفسه ويسير سيراً يجاوز العادة أو يعجز عن تحصيل آلة السفر لم يلزمه السعى . وتخلى الطريق : هو أن تكون مسلوكة لا مانع فيها بعيدة كانت أو قريبة برأ كان أو بغيراً إذا كان الغالب السلامة ، فإن لم يكن الغالب السلامة لم يلزمه سلوكه ، فإن كان فى الطريق عدو يطلب خفارة ، فقال القاضى : لا يلزمه السعى ، وإن كانت يسيرة . لأنها رشوة فلا يلزم بذلها فى العبادة كالكبيرة ، وقال ابن حامد : إن كان ذلك مما لا يحجف بماله لزمه الحج . لأنها غرامة يقف لإمكان الحج على بذلها فلم يمنع الوجوب مع إمكان بذلها كثمن الماء وعلف البهائم .

(فصل) والاستطاعة المشترطة ملك الزاد والراحلة وبه قال الحسن ومجاهد ، وسعيد بن جبير ، والشافعى ، وإسحاق ، قال الترمذى : والعمل عليه عند أهل العلم ، وقال عكرمة هى الصحة : وقال الضحاك : إن كان شاباً فليؤاجر نفسه بأكله وعقبه حتى يقضى نسكه وعن مالك : إن كان يمكنه المشى وادته سؤال الناس (١) لزمه الحج . لأن هذه الاستطاعة فى حقه . فهو كواجد الزاد والراحلة .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة فوجب الرجوع إلى تفسيره فروى الدارقطنى بإسناده عن جابر ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وأنس وعائشة رضى الله عنهم : أن النبي صلى الله

(١) فيه أن السؤال محرم إلا لضرورة الحياة فكيف يجعل واجباً لغير ضرورة بل الإسلام لا يكلف المسلم قبول منة الهبة والضيافة فضلاً عن ذل السؤال .

عليه وسلم سئل ما السبيل ؟ قال « الزاد والراحلة » ، وروى ابن عمر قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ما يوجب الحج ؟ قال « الزاد والراحلة » ، رواه الترمذى . وقال حديث حسن ، وروى الإمام أحمد حدثنا هشيم عن يونس عن الحسن . قال : لما نزلت هذه الآية (٣ : ٩٧) والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً (قال رجل يا رسول الله ما السبيل ؟ قال « الزاد والراحلة » ، ولأنها عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فاشتراط لوجوبها الزاد والراحلة كالجهاد ، وما ذكره ليس باستطاعة فإنه شاق وإن كان عادة ، والاعتبار بعموم الأحوال دون خصوصها . كما أن رخص السفر نعم من يشق عليه ومن لا يشق عليه .

(فصل) ولا يلزمه الحج ببذل غيره له ولا يصير مستطيعاً بذلك . سواء كان الباذل قريباً أو أجنبياً ، وسواء بذل له الركوب والزاد ، أو بذل له مالا ، وعن الشافعى : أنه إذا بذل له ولده ما يتمكن به من الحج لزمه . لأنه أمكنه الحج من غير مئة تلزمه ، ولا ضرر يلحقه فلزمه الحج كما لو ملك الزاد والراحلة .

ولنا : أن قول النبي صلى الله عليه وسلم يوجب الحج الزاد والراحلة يتعين فيه تقدير ملك ذلك أو ملك ما يحصل به بدليل ما لو كان الباذل أجنبياً ، ولأنه ليس بمالك للزاد والراحلة ، ولا ثمنهما فلم يلزمه الحج كما لو بذل له والده . ولا نسلم أنه لا يلزمه مئة ، ولو سلّمنا فيبطل ببذل الوالد وبذل من للبذل له عليه أيادى كثيرة ونعم .

(فصل) ومن تكلف الحج ممن لا يلزمه . فإن أمكنه ذلك من غير ضرر يلحق بغيره . مثل أن يمشى ويكتسب بصناعة كالخز أو معاونة من ينفق عليه أو يكثرى لزاده ، ولا يسأل الناس استعجب له الحج لقول الله تعالى (٢٢ : ٢٧) يأتوك رجالا وعلى كل ضامر) فقدم ذكر الرجال . ولأن في ذلك مبالغة في طاعة الله عز وجل وخروجاً من الخلاف ، وإن كان يسأل الناس كره له الحج . لأنه يضيق على الناس ويحصل كلا عليهم في التزام مالا يلزمه ، وسئل أحمد عن يدخل البادية بلا زاد ولا راحلة . فقال : لأحب له ذلك ، هذا يتوكل على أزواد الناس .

(فصل) ويختص اشتراط الراحلة بالبعيد الذى بينه وبين البيت مسافة القصر ،

فأما القريب الذى يمكنه المشى : فلا يعتبر وجود الراحلة فى حقه . لأنها مسافة قريبة يمكنه المشى إليها فلزمه كالسعى إلى الجمعة ، وإن كان بمن لا يمكنه المشى : اعتبر وجود الحولة فى حقه ، لأنه عاجز عن المشى . فهو كالبعيد . وأما الزاد فلا بد منه . فإن لم يجد زاداً ولا قدر على كسبه لم يلزمه الحج .

(فصل) والزاد الذى تشتترط القدرة عليه هو ما يحتاج إليه فى ذهابه ورجوعه من مأكل ومشروب وكسوة . فإن كان يملكه أو وجده ييسر بئس المثل فى الغلاء والرخس أو بزيادة يسيرة لا تنجف بماله لزمه شراؤه ، وإن كانت تنجف بماله لم يلزمه كما قلنا فى شراء الماء للوضوء ، وإذا كان يجد الزاد فى كل منزلة لم يلزمه حمله ، وإن لم يجده كذلك لزمه حمله ، وأما الماء وعلف البهائم . فإن كان يوجد فى المنازل التى ينزلها على حسب العادة وإلا لم يلزمه حمله من بلده ولا من أقرب البلدان إلى مكة كأطراف الشام ونحوها . لأن هذا يشق ولم تجر العادة به ، ولا يتمكن من حمل الماء لبهائمه فى جميع الطريق ، والطعام بخلاف ذلك ، ويعتبر أيضاً قدرته على الآلات التى يحتاج إليها كالغرائر ونحوها وأوعية الماء وما أشبهها . لأنه مما لا يستغنى عنه . فهو كأعلاف البهائم .

(فصل) وأما الراحلة فيشتترط أن يجد راحلة تصلح لمشله إما بشراء أو بكرام لذهابه ورجوعه ويجد ما يحتاج إليه من آلتها التى تصلح لمشله . فإن كان ممن يكفيه الرحل والقتب ولا يخشى السقوط أجزأ وجود ذلك ، وإن كان ممن لم تجر عادته بذلك ويخشى السقوط عنهما . اعتبر وجود محمل وما أشبهه مما لا مشقة فى ركوبه ولا يخشى السقوط عنه . لأن اعتبار الراحلة فى حق القادر على المشى إنما كان لدفع المشقة . فيجب أن يعتبر هنا ما تندفع به المشقة ، وإن كان ممن لا يقدر على خدمة نفسه ، والقيام بأمره ، اعتبرت القدرة على من يخدمه . لأنه من سبيله .

(فصل) ويعتبر أن يكون هذا فاضلاً عما يحتاج إليه لنفقة عياله الذين تلزمه مؤوتهم فى مضيه ورجوعه . لأن النفقة متعلقة بحقوق الآدميين ، وهم أحوج ، وحققهم أكد . وقد روى عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « كفى بالمرء إمناً أن يضيع من يقوت » رواه أبو داود . وأن يكون فاضلاً عما

يحتاج هو وأهله إليه من مسكن ومأكل وما لا بد منه ، وأن يكون فاضلاً عن قضاء دينه . لأن قضاء الدين من حوائجه الأصلية ويتعلق به حقوق الآدميين . فهو أكد . ولذلك منع الزكاة مع تعلق حقوق الفقراء بها وعاجتهم إليها فالحج الذي هو خالص حق الله تعالى أولى وسواء كان الدين لأدى دين أو سن حقوق الله تعالى كزكاة في ذمته أو كفارات ونحوها ، وإن احتاج إلى النكاح وخاف على نفسه العنت قدم الزواج . لأنه واجب عليه ولا غنى به عنه فهو كنفقته . وإن لم يخف قدم الحج . لأن النكاح تطوع فلا يقدم على الحج الواجب ، وإن حج من تلزمه هذه الحقوق وضيعها صح حجه . لأنها متعلقة بذمته فلا تمنع صحة فعله .

(فصل) ومن له عتق يحتاج إليه لسكناه ، أو سكنى عياله أو يحتاج إلى أجرته لنفقة نفسه أو عياله أو بضاعة متى قصصها اختل ربحها فلم يكفهم ، أو سائمة يحتاجون إليها لم يلزمه الحج ، وإن كان له من ذلك شيء فاضل عن حاجته لزمه بيعه في الحج فإن كان له مسكن واسع يفضل عن حاجته وأمكنته يبعه وشراء ما يكفيه ويفضل قدر ما يبيع به لزمه . وإن كانت له كتب يحتاج إليها لم يلزمه بيعها في الحج ، وإن كانت بما لا يحتاج إليها أو كان له بكتاب نسختان يستغنى بأحدهما باع ما لا يحتاج إليه فإن كان له دين على مليء باذل له يكفيه للحج لزمه . لأنه قادر ، وإن كان على معسر أو تعذر استيفاؤه عليه لم يلزمه .

(فصل) وتجب العمرة على من يجب عليه الحج في إحدى الروايتين ، روى ذلك عن عمر ، وابن عباس ، وزيد بن ثابت ، وابن عمر وسعيد بن المسيب ، وسعيد ابن جبير ، وعطاء ، وطاوس ، وبجاهد ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبي ، وبه قال الثوري ، وإسحق ، والشافعي في أحد قوليه (والرواية الثانية) ليست واجبة وروى ذلك عن ابن مسعود ، وبه قال مالك ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن العمرة أواجبة أم لا ؟ قال : لا وأن تستمروا فهو أفضل ، أخرجه الترمذي . وقال هذا حديث حسن صحيح . وعن طلحة : أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الحج جهاد ، والعمرة تطوع . رواه ابن ماجه ، ولأنه نسك غير موقت فلم يكن واجباً كالطواف المجرد .

ولنا قول الله تعالى (٢ : ١٩٦) وآموا بالحج والعمرة لله) ومقتضى الأمر الوجوب (١) ثم عطفها على الحج ، والأصل : التساوى بين المعطوف ، والمعطوف عليه ، قال ابن عباس . إنها لقريئة الحج في كتاب الله ، وعن الضبي بن معبد . قال : أتيت عمر ، فقلت يا أمير المؤمنين : إني أسئلت ، ولاني وجدت الحج والعمرة مكتوبين على فأهلت بهما فقال عمر : هديت لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم ، رواه أبو داود والنسائي ، وعن أبي رزين أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله : إن أبي شيخ كبير لا يستطيع الحج ، ولا العمرة ، ولا الظعن قال : حج عن أبيك واعتمر ، رواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن صحيح وذكره أحمد ثم قال : وحديث يرويه سعيد بن عبد الرحمن الجمحي عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أوصني قال : «تقيم الصلاة ، وتؤتي الزكاة ، وتحج ، وتعتقر ، وروى الأثرم بإسناده عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن وكان في الكتاب أن العمرة هي الحج الأصغر ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، ولا يخالف لهم نعله إلا ابن مسعود على اختلاف عنه ، وأما حديث جابر . فقال الترمذي ، قال الشافعي : هو ضعيف لا تقوم بمثله الحجة ، وليس في العمرة شيء ثابت بأنها تطوع ، وقال ابن عبد البر : روى ذلك بأسانيد لا تصح . ولا تقوم بمثلهما الحجة ثم نحمله على المهود ، وهي العمرة التي قضوها حين أحصروا في الحديبية ، أو على العمرة التي اعتمروها مع حجبتهم مع النبي صلى الله عليه وسلم ، فإنها لم تكن واجبة على من اعتمر أو نعله على ما زاد على العمرة الواحدة ، وتفارق العمرة الطواف ، لأن من شرطها ، الإحرام ، والطواف بخلافه .

(فصل) وليس على أهل مكة عمرة . نص عليه أحمد . وقال : كان ابن عباس يرى العمرة واجبة ويقول : يا أهل مكة ليس عليكم عمرة إنما عمرتكم طوافكم

(٤) لكنه أمر بالإجماع لمن شرع فيها ، ولا خلاف فيه والآثار بعدها ليس فيها نص بالوجوب .

بالبيت ، وبهذا قال عطاء ، وطاوس ، قال عطاء : ليس أحد من خلق الله إلا عليه حج وعمره واجبان لا بد منهما لمن استطاع إليهما سبيلا إلا أهل مكة ، فإن عليهم حجة ، وليس عليهم عمرة من أجل طوافهم بالبيت ، ووجه ذلك : أن ركن العمرة ومعظمها الطواف بالبيت وهم يفعلونه فأجزأ عنهم ، وحل القاضي : كلام أحمد على أنه لا عمرة عليهم مع الحجة ، لأنه ينفذ دم منهم فعلموا في غير وقت الحج ، والامر على ما قلناه .

(فصل) وتجزئ عمرة المتمتع ، وعمرة القارن والعمرة من أدنى الحل عن العمرة الواجبة ، ولا نعلم في أجزاء عمرة التمتع خلافاً كذلك ، قال ابن عمر ، وعطاء وطاوس ، ومجاهد ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وروى عن أحمد : أن عمرة القارن لا تجزئ ، وهو اختيار أبي بكر وعن أحمد : أن العمرة من أدنى الحل لا تجزئ عن العمرة الواجبة . وقال : إنما هي من أربعة أميال . واحتج على أن عمرة القارن لا تجزئ أن عائشة حين حاضت أعرها من التمتع ، فلو كانت عمرتها في قرانها أجزأتها لما أعرها بعدها .

ولنا : قول الضبي بن معبد إنى وجدت الحج والعمرة مكتوبين على فأهلت بهما . فقال عمر : هديت لسنة نبيك ، وهذا يدل على أنه أحرم بهما يعتقد أداء ما كتبه الله عليه منهما والخروج عن عهديهما فصوبه عمر . وقال : هديت لسنة نبيك ، وحديث عائشة حين قرنت الحج والعمرة . فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم حين حلت منهما : قد حلت من حجك وعمرتك ، وإنما أعرها النبي صلى الله عليه وسلم من التمتع قصداً ليطيب قلبها وإجابة مسألتها لأنها كانت واجبة عليها ، ثم إن لم تكن أجزأتها عمرة القارن . فقد أجزأتها العمرة من أدنى الحل . وهو أحد ما قصدنا الدلالة عليه ، ولأن الواجب عمرة واحدة ، وقد أتى بها صحيحة فتجزئ كعمرة المتمتع ، ولأن عمرة القارن أحد نسكي القرآن فأجزأت كالحج . والحج من مكة يجزئ في حق المتمتع بالعمرة من أدنى الحل في حق المفرد أولى ، وإذا كان الطواف المجرد يجزئ عن العمرة في حق المسكي : فلأن تجزئ العمرة المشتملة على الطواف وغيره أولى .

(فصل) ولا بأس أن يعتمر في السنة مراراً . روى ذلك عن علي ، وابن عمر ، وابن عباس ، وأنس ، وعائشة ، وعطاء ، وطاوس ، وعكرمة ، والشافعي ، وكره العمرة في السنة مرتين : الحسن ، وابن سيرين ، ومالك . وقال النخعي : ما كانوا يعتمرون في السنة إلا مرة ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله .

ولنا : أن عائشة اعتمرت في شهر مرتين بأمر النبي صلى الله عليه وسلم عمره مع قرانها ، وعمره بعد حجها . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « العمرة إلى العمرة كفارة لما بينهما » متفق عليه . وقال علي رضي الله عنه : في كل شهر مرة وكان أنس إذا حم رأسه خرج فاعتمر . رواهما الشافعي في مسنده . وقال عكرمة : يعتمر إذا أمكن الموسى من شعره . وقال عطاء : إن شاء اعتمر في كل شهر مرتين فأما الإكثار من الاعتمار والموالاته بينهما . فلا يستحب في ظاهر قول السلف الذي حكيناه . وكذلك قال أحمد : إذا اعتمر فلا بد من أن يحلق أو يقصر وفي عشرة أيام يمكن حلق الرأس ، فظاهر هذا : أنه لا يستحب أن يعتمر في أقل من عشرة أيام . وقال في رواية الأثرم : إن شاء اعتمر في كل شهر . وقال بعض أصحابنا : يستحب الإكثار من الاعتمار . وأقوال السلف وأحوالهم تدل على ما قلناه ولأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم ينقل عنهم الموالاته بينهما ، وإنما نقل عنهم لإنكار ذلك . والحق في إتباعهم . قال طاوس : الذين يعتمرون من التنعيم ما أدري يؤجرون عليها أو يعذبون ؟ قيل له : فلم يعذبون ؟ قال : لأنه يدع الطواف بالبيت ويخرج إلى أربعة أميال ويحيى وإلى أن يحيى من أربعة أميال قد طاف مائتي طواف وكلما طاف بالبيت كان أفضل من أن يمشي في غير شيء .

وقد اعتمر النبي صلى الله عليه وسلم أربع عمر في أربع سفرات لم يزد في كل سفرة على عمره واحدة ولا أحد من معه . ولم يبلغنا أن أحداً منهم جمع بين عمرتين في سفر واحد معه إلا عائشة حين حاضت فأعمرها من التنعيم . لأنها اعتقدت أن عمره قرانها بطلت . ولهذا قالت يا رسول الله يرجع الناس بحج وعمره وأرجع أنا بحجة فأعمرها لذلك ولو كان في هذا فضل لما اتفقوا على تركه .

(فصل) وروى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عمره في

رمضان تعدل حجة . متفق عليه قال أحمد : من أدر لك يوماً من رمضان . فقد أدر لك
 عمرة رمضان . وقال إسحاق يعني هذا الحديث مثل ما روى عن النبي صلى الله
 عليه وسلم أنه قال « من قرأ قل هو الله أحد فقد قرأ ثلث القرآن » ، وقال أنس :
 « حج النبي صلى الله عليه وسلم حجة واحدة واعتمر أربع عمر . واحدة في ذي
 القعدة ، وعمرة الحديبية ، وعمرة مع حجته ، وعمرة الجعرانة إذ قسم غنيمة
 حنين . » وهذا حديث حسن صحيح متفق عليه . وقال أحمد : حج النبي صلى الله
 عليه وسلم حجة الوداع . قال : وروى عن مجاهد أنه قال : حج قبل ذلك حجة
 أخرى . وما هو ثبت عندي وروى عن جابر قال : حج النبي صلى الله عليه وسلم
 ثلاث حجج : حجتين قبل أن يهاجر ، وحجة بعد ما هاجر . وهذا حديث غريب .
 (فصل) وروى عن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 « تابعا بين الحج والعمرة فانهما يتفان الفقر والذنوب كما ينفي الكير خبث الحديد والذهب
 والفضة وليس للحج المبرور ثواب إلا الجنة » قال الترمذي هذا حديث حسن
 صحيح . وعن أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 « من أتى هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق رجع من ذنوبه كيوم ولدته أمه » متفق
 عليه وهو في الموطأ .

« مسألة » قال (فإن كان مريضاً لا يرجى برؤه ، أو شيخاً لا يستمسك على
 الراحلة . أقام من يحج عنه ، ويعتمر وقد أجزأ عنه وإن عوفي) .

وجملة ذلك : أن من وجدت فيه شرائط وجوب الحج وكان عاجزاً عنه لما ناع
 مايوس من زواله كزمانة أو مرض لا يرجى زواله أو كان نضوا الخلق لا يقدر
 على الثبوت على الراحلة إلا بمشقة غير محتملة . والشيخ الفاني . ومن كان مثله متى
 وجد من ينوب عنه في الحج وما لا يستتبيه به لزمه ذلك . وهذا قال أبو حنيفة
 والشافعي وقال مالك : لا حج عليه إلا أن يستطيع بنفسه . ولا أرى له ذلك . لأن
 الله تعالى قال (٣ : ٩٧ من استطاع إليه سبيلاً) وهذا غير مستطیع . ولأن هذه
 عبادة لا تدخلها النيابة مع القدرة فلا تدخلها مع العجز كالصوم والصلاة .

ولنا : حديث أبي رزين وروى ابن عباس أن امرأة من غنم قالت : يا رسول

الله إن فريضة الله على عباده في الحج أدركت أبي شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الرحلة فأحج عنه ؟ قال « نعم » وذلك في حجة الوداع متفق عليه . وفي لفظ لمسلم قالت : يا رسول الله إن أبي شيخ كبير عليه فريضة الله في الحج وهو لا يستطيع أن يستوى على ظهر بعيره . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لحجى عنه » وسئل على رضى الله عنه عن شيخ لا يجد الاستطاعة قال . يجهز عنه . ولأن هذه عبادة تجب بإفسادها الكفارة . فجاز أن يقوم غير فعله فيها مقام فعله كالصوم إذا عجز عنه اقتدى بخلاف الصلاة .

(فصل) وإن لم يجد ما لا يستنيب به فلا حج عليه بغير خلاف . لأن الصحيح لو لم يجد ما يحج به لم يجب عليه فالمرضى أولى وإن وجد ما لا ولم يجد من ينوب عنه . فقياس المذهب : أنه يفتى على الروایتين في إمكان المسير هل هو من شرائط الوجوب ، أو من شرائط لزوم السعى ؟ فإن قلنا من شرائط لزوم السعى . ثبت الحج في ذمته ، هذا يحج عنه بعد موته وإن قلنا : من شرائط الوجوب لم يجب عليه شيء .

(فصل) ومتى أحج هذا عن نفسه ثم عوفى لم يجب عليه حج آخر . وهذا قول اسحق : وقال الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر : يلزمه . لأن هذا بدل لإياس فإذا برأ تيننا أنه لم يكن مأيوساً منه فلزمه الأصل . كالأيسة إذا اعتدت بالشهور ثم حاضت لا تجزئها تلك العدة .

ولنا : أنه أتى بما أمر به فخرج عن العدة كما لو لم يبرأ أو نقول أدى حجة الإسلام بأمر الشارع فلم يلزمه حج ثان . كما لو حج بنفسه ، ولأن هذا يفضى إلى إيجاب حجتين عليه ، ولم يوجب الله عليه إلا حجة واحدة . وقولهم لم يكن مأيوساً من برئه ، قلنا لو لم يكن مأيوساً منه لما أبيح له أن يستنيب فإنه شرط للجواز الاستنابة أما الأيسة إذا اعتدت بالشهور فلا يتصور عود حيضها . فإن رأت دماً فليس بحيض ، ولا يبطل به اعتدادها . ولكن من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه إذا اعتدت سنة ثم عاد حيضها لم يبطل اعتدادها . فأما إن عوفى قبل فراغ النائب من الحج فينبغي أن لا يجزئه الحج . لأنه قدر على الأصل قبل تمام البدل فلزمه

كالصغيرة ومن ارتفع حيزها : إذا حاضتا قبل إتمام عدتهما بالشهور وكالتيمم إذا رأى الماء في صلاته . ويحتمل أن يحزته كالتيمم إذا شرع في الصيام ثم قدر على الهدى ، والمكفر إذا قدر على الأصل بعد الشروع في البدل . وإن برأ قبل إحرام النائب لم يحزته بحال .

(فصل) ومن يرجى زوال مرضه والمحبوس ونحوه ليس له أن يستنيب . فإن فعل لم يحزته ، وإن لم يبرأ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة له ذلك . ويكون ذلك مراعى . فإن قدر على الحج بنفسه لزمه . وإلا أجزأه ذلك لأنه عاجز عن الحج بنفسه أشبه المأبوس من برئه .

ولنا : أنه يرجو القدرة على الحج بنفسه فلم يكن له الاستنابة ولا تجزئه إن فعل كالفقير وفارق المأبوس من برئه . لأنه عاجز على الإطلاق آيس من القدرة على الأصل فأشبه الميت . ولأن النص إنما ورد في الحج عن الشيخ الكبير ، وهو ممن لا يرجى منه الحج بنفسه فلا يقاس عليه إلا من كان مثله . فعلى هذا . إذا استناب من يرجو القدرة على الحج بنفسه ثم صار مأبوساً من برئه . فعليه أن يحج عن نفسه مرة أخرى . لأنه استناب في حال لا تجوز له الاستنابة فيها فأشبهه الصحيح .

(فصل) ولا يجوز أن يستنيب في الحج الواجب من يقدر على الحج بنفسه إجماعاً . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من عليه حجة الإسلام وهو قادر على أن يحج لا يحزى عنه أن يحج غيره عنه ، والحج المنذور كحجة الإسلام في إباحة الاستنابة عند العجز والمنع منها مع القدرة . لأنها حجة واجبة فأما حج التطوع فينقسم أقساماً ثلاثة :

(أحدها) أن يكون ممن لم يؤد حجة الإسلام ، فلا يجوز أن يستنيب في حجة التطوع . لأنه لا يصح أن يفعل بنفسه قبائله أولى .

(الثاني) أن يكون ممن قد أدى حجة الإسلام وهو عاجز عن الحج بنفسه . فيصح أن يستنيب في التطوع فإن ما جازت الاستنابة في فرضه جازت في نفلها كالصدقة .

(الثالث) أن يكون قد أدى حجة الإسلام وهو قادر على الحج بنفسه . فهل له أن يستنيب في حج التطوع ؟ فيه روايتان .

(إحداهما) يجوز . وهو قول أبي حنيفة . لأنها حجة لا تلزمه بنفسه فجاز أن يستتيب فيها كالمعسوب .

(والثانية) لا يجوز . وهو مذهب الشافعي . لأنه قادر على الحج بنفسه فسلم يجوز أن يستتيب فيه كالفرض .

(فصل) فإن كان عاجزاً عنه مجزأ مرجو الزوال كالمرضى مرضاً يرجى بركؤه والمحجوس جاز له أن يستتيب فيه . لأنه حج لا يلزمه عجز عن فعله بنفسه فجاز له أن يستتيب فيه كالشيخ الكبير . والفرق بينه وبين الفرض أن الفرض عبادة العمر فلا يفوت بتأخيره عن هذا العام والتطوع مشروع في كل عام فيفوت حج هذا العام بتأخيره . ولأن حج الفرض إذا مات قبل فعله فعل بعد موته وحج التطوع لا يفعل فيفوت .

(فصل) وفي الاستئجار على الحج والأذان وتعليم القرآن والفقه ونحوه مما يمدى نفعه ويختص فاعله أن يكون من أهل القرية روايتان :

(إحداهما) لا يجوز ، وهو مذهب أبي حنيفة ، وإسحق : والآخرى يجوز . وهو مذهب مالك والشافعي ، وابن المنذر ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله » رواه البخاري وأخذ أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم الجعل على الرقية بكتاب الله وأخبروا بذلك النبي صلى الله عليه وسلم فصوبهم فيه . ولأنه يجوز أخذ النفقة عليه فجاز الاستئجار عليه كبناء المساجد والقناطر . ووجه الرواية الأولى : أن عبادة بن الصامت كان يعلم رجلاً القرآن فأهدى له قوساً فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له : « إن سرك أن تتقلد قوساً من نار فتقلدها ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم لعثمان بن أبي العاص : واتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجرأ » ولأنها عبادة يختص فاعلها أن يكون من أهل القرية فلم يجوز أخذ الأجرة عليها كالصلاة ، والصوم . وأما الأحاديث التي في أخذ الجعل والأجرة . فإنما كانت في الرقية . وهي قضية في عين فتختص بها ، وأما بناء المساجد فلا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية ويجوز أن يقع قرية وغير قرية . فإذا وقع بأجرة لم يكن قرية ولا عبادة ، ولا يصح بهذا أن يكون غير

عبادة ، ولا يجوز الاشتراك في العبادة ، فتي فصله من أجل الاجرة خرج عن كونه عبادة فلم يصح ولا يلزم من جواز أخذ النفقة جواز أخذ الاجرة بدليل القضاء والشهادة والإمامة يؤخذ عليها الرزق من بيت المال . وهو نفقة في المعنى ، ولا يجوز أخذ الاجرة عليها . وقائمة الخلاف أنه متى لم يجر أخذ الاجرة عليها فلا يكون إلا نائباً محضاً . وما يدفع إليه من المال يكون نفقة لطريقه . فلو مات أو أحصر أو مرض أو ضل الطريق لم يلزمه الضمان لما اتفق نص عليه أحمد . لأنه إنفاق . بإذن صاحب المال فأشبه ما لو أذن له في سد بثق فأنبثق ولم يفسد ، وإذا ناب عنه . آخر . فإنه يحج من حيث بلغ النائب الأول من الطريق ، لأنه حصل قطع هذه المسافة بمال المنوب عنه . فلم يكن عليه الإنفاق دفعة أخرى كما لو خرج بنفسه . فأتى في بعض الطريق . فإنه يحج عنه من حيث انتهى وما فضل معه من المال رده . إلا أن يؤذن له في أخذه وينفق على نفسه بقدر الحاجة من غير إسراف ولا تقتير . وليس له التبرع بشيء منه إلا أن يؤذن له في ذلك . قال أحمد : في الذي يأخذ دراهم الحج لا يمشى ولا يقتدر في النفقة ولا يسرف ، وقال في رجل أخذ حجة عن ميت ففضلت معه فضلة يردها ولا يناهذ أحداً إلا بقدر ما لا يكون سرفاً ولا يدعو إلى طعامه ولا يتفضل ، ثم قال : أما إذا أعطى ألف درهم أو كذا وكذا . فقيل له حج بهذه فله أن يتوسع فيها . وإن فضل شيء فهو له . وإذا قال الميت . حجوا عني حجة بألف درهم فدفعوها إلى رجل فله أن يتوسع فيها وما فضل فهو له . وإن قلنا : يجوز الاستئجار على الحج جاز أن يقع الدفع إلى النائب من غير استئجار فيكون الحكم فيه على ما مضى ، وإن استأجره ليحج عنه أو عن ميت اعتبر فيه شروط الإجارة من معرفة الاجرة وعقد الإجارة وما يأخذه اجرة له يملكه ، ويباح له التصرف فيه والتوسع به في النفقة وغيرها ، وما فضل فهو له ، وإن أحصر . أو ضل الطريق ، أو ضاعت النفقة منه . فهو في ضمانه والحج عليه . وإن مات أنفسخت الإجارة . لأن المعقود عليه تلف فأنفسخ العقد كما لو ماتت الهيمة المستأجرة ، ويكون الحج أيضاً من موضع بلغ إليه النائب وما لزمه من الدماء فعليه . لأن الحج عليه .

(فصل) فأما النائب غير المستأجر . فما لزمه من الدماء بفعل محظور فعليه في ماله . لأنه لم يؤذن له في الجناية فكان موجبا عليه كما لو لم يكن نائباً ، ودم المتعة والقران إن أذن له في ذلك على المستنقب . لأنه أذن في سببهما وإن لم يؤذن له . فعليه . لأنه كجنايته ، ودم الإحصار على المستنقب . لأنه للتخلص من مشقة السفر فهو كنفقة الرجوع . وإن أفسد حجه فالقضاء عليه ، ويرد ما أخذ . لأن الحجية لم تجزى عن المستنقب ، لتفريطه وجنأيته ، وكذلك إن فاته الحج بتفريطه ، وإن فات بغير تفريط احتسب له بالنفقة . لأنه لم يفت بفعله فلم يكن مخالفاً كما لو مات . وإن قلنا بوجوب انقضاء . فهو عليه في نفسه كما لو دخل في حجر ظن أنه عليه ولم يكن ففاته .

(فصل) وإذا سلك النائب طريقاً يمكنه سلوك أقرب منه ففاضل النفقة في ماله ، وإن تعجل عجلة يمكنه تركها فكذلك ، وإن أقام بمسكة أكثر من مدة القصر بعد إمكان السفر للرجوع أنفق من مال نفسه . لأنه غير مأذون له فيه . فأما من لا يمكنه الخروج قبل ذلك . فله النفقة . لأنه مأذون له فيه ، وله نفقة الرجوع ، وإن أقام بمسكة سنين ما لم يتخذها داراً . فإن اتخذها داراً ولو ساعة لم يكن له نفقة رجوعه ، لأنه صار بنية الإقامة مكياً فسقطت نفقته فلم تعد ، وإن مرض في الطريق فعاد فله نفقة رجوعه ، لأنه لا بد له منه حصل بغير تفريطه فأشبه ما لو قطع عليه الطريق أو أحصر ، وإن قال : خفت أن أمرض فرجعت فعليه الضمان . لأنه متوهم . وعن أحمد فيمن مرض في الكوفة فرجع يرد ما أخذ . وفي جميع ذلك إذا أذن له في النفقة . فله ذلك . لأن المال للمستنقب لحاز ما أذن فيه ، وإن شرط أحدهما أن الدماء الواجبة عليه على غيره لم يصح الشرط . لأن ذلك من موجبات فعله أو الحج الواجب عليه فلم يحز شرطه على غيره كما لو شرطه على أجنبي .

(فصل) يجوز أن ينوب الرجل عن الرجل والمرأة ، والمرأة عن الرجل والمرأة ، في الحج في قول عامة أهل العلم لا نعلم فيه مخالفاً إلا الحسن بن صالح فإنه كره حج المرأة عن الرجل . قال ابن المنذر : هذه غفلة عن ظاهر السنة . فإن النبي (١٤ - الغنى - ج ٣)

صلى الله عليه وسلم أمر المرأة أن تحمل عن أبيها وعليه يعتمد من أجاز حل المرأة عن غيره وفي الباب حديث أبي رزين وأحاديث سواء .

(فصل) ولا يجوز الحل والعمرة عن حى إلا بإذنه فرضاً كان أو تطوعاً . لأنها عبادة تدخلها النيابة فلم تجز عن البالغ العاقل إلا بإذنه كالزكاة ، فأما الميت : فتجوز عنه بغير إذن واجباً كان أو تطوعاً . لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالحل عن الميت . وقد علم أنه لا إذن له ، وما جاز فرضه جاز نفعه كالصدقة . فعلى هذا : كل ما يقع عنه المستنيب مما لم يؤمر به مثل أن يؤمر بحل فيعتمر أو بعمرة فيحل يقع عن الميت . لأنه يصح عنه من غير إذنه ، ولا يقع عن الحى لعدم إذنه فيه ، ويقع عن فعله . لأنه لما تعذر وقوعه عن للنوى عنه وقع عن نفسه كالمستناب رجلاً فاحرم عنهما جميعاً ، وعليه رد النفقة . لأنه لم يفعل ما أمر به فأشبهه ما لو لم يفعل شيئاً .



فصول في مخالفة النائب

إذا أمره بحج فتمتع أو اعتمر لنفسه من الميقات ، ثم حج فظرت . فإن خرج إلى الميقات فأحرم منه بالحج جاز ولا شيء عليه نص عليه أحد ، وهو مذهب الشافعي . وإن أحرم بالحج من مكة فعليه دم لترك ميقاته ، ويرد من النفقة بقدر ما ترك من إحرام الحج فيما بين الميقات ومكة ، وقال القاضي : لا يقع فعله عن الأمر ويرد جميع النفقة . لأنه أتى بغير ما أمر به وهو مذهب أبي حنيفة .

ولنا : أنه إذا أحرم من الميقات فقد أتى بالحج صحيحاً من ميقاته . وإن أحرم به من مكة فما أخل إلا بما يجبره الدم ، فلم تسقط نفقته ، كالوتجاوز الميقات غير محرم فأحرم دونه ، وإن أمره بالافراد ففرن لم يضمن شيئاً ، وهو قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يضمن . لأنه مخالف .

ولنا : أنه أتى بما أمر به وزيادة فصح ولم يضمن ، كما لو أمره بشراء شاة بدينار فاشتري شاتين تساوي إحداهما ديناراً ، ثم إن كان أمره بالعمره بعد الحج ففعلها ، فلا شيء عليه ، وإن لم يفعل رد من النفقة بقدرها .

(فصل) وإن أمره بالتمتع ففرن وقع عن الأمر ، لأنه أمر بهما ، وإنما خالف في أنه أمره بالإحرام بالحج من مكة فأحرم به من الميقات ، وظاهر كلام أحمد : أنه لا يرد شيئاً من النفقة ، وهو مذهب الشافعي ، وقال القاضي : يرد نصف النفقة ، لأن غرضه في عمره مفردة وتحصيل فضيلة التمتع ، وقد خالفه في ذلك وفوته عليه ، وإن أفرد وقع عن المستنب أيضاً ويرد نصف النفقة ، لأنه أخل بالإحرام بالعمره من الميقات ، وقد أمره به ، وإحرامه بالحج من الميقات زيادة لا يستحق به شيئاً .

(فصل) فإن أمره بالقران فأفرد أو تمتع صح ووقع النسكان عن الأمر ، ويرد من النفقة بقدر ما ترك من إحرام النسك الذي تركه من الميقات ، وفي جميع

ذلك إذا أمره بالنسكين ففقل أحدهما دون الآخر رد من النفقة بقدر ماترك ، ووقع المفعول عن الأمر والنائب من النفقة بقدره .

(فصل) وإن استنابه رجل الحج وآخر في العمرة وأذنا له في القران ففعل جاز ، لأنه نسك مشروع ، وإن قرن من غير إذنهما ، صح ووقع عنهما ، ويرد من نفقة كل واحد منهما نصفها . لأنه جعل السفر عنهما بغير إذنهما ، وإن أذن أحدهما دون الآخر رد على غير الأمر نصف نفقته وحده ، وقال القاضي : إذا لم يأذنا له ضمن الجميع . لأنه أمر بنفسك مفرد ولم يأت به ، فكان مخالفاً كما لو أمر بصح فاعتمر .

ولنا : أنه أتى بما أمر به . وإنما خالف في صفته لا في أصله . فأشبه من أمر بالتمتع ففرن ، ولو أمر بأحد النسكين ففرن بينه وبين النسك الآخر لنفسه ، فالحكم فيه كذلك . ودم القران على النائب إذا لم يؤذن له فيه لعدم الإذن في سببه ، وعليهما ، إن أذنا لوجود الإذن في سببه ، ولو أذن أحدهما دون الآخر فعلى الآذن نصف الدم ونصفه على النائب .

(فصل) وإن أمر بالحج فحج ثم اعتمر لنفسه أو أمره بعمرة فاعتمر ثم حج عن نفسه . صح ولم يرد شيئاً من النفقة . لأنه أتى بما أمر به على وجهه ، وإن أمره بالإحرام من ميقات فأحرم من غيره جاز ، لأنهما سواء في الأجزاء ، وإن أمره بالإحرام من بلده فأحرم من الميقات جاز . لأنه الأفضل ، وإن أمره بالإحرام من الميقات فأحرم من بلده جاز . لأنه زيادة لا تضر ، وإن أمره بالحج في سنة أو بالاعتبار في شهر ففعله في غيره جاز . لأنه مأذون فيه في الجملة .

(فصل) فإن استنابه اثنان في نسك فأحرم به عنهما وقع عن نفسه دينهما . لأنه لا يمكن وقوعه عنهما ، وليس أحدهما بأولى من صاحبه ، وإن أحرم عن نفسه وغيره وقع عن نفسه لأنه إذا وقع عن نفسه ولم ينوها فمع نيته أولى ، وإن أحرم عن أحدهما غير معين احتمل أن يقع عن نفسه أيضاً . لأن أحدهما ليس أولى من الآخر . فأشبه ما لو أحرم عنهما . واحتمل أن يصح . لأن الإحرام يصح بالمجهول فصح عن المجهول ، وإلا حصره إلى من شاء منهما . اختاره أبو الخطاب ،

فإن لم يفعل حتى طاف شوطاً وقع عن نفسه ولم يكن له صرفه إلى أحدهما . لأن الطواف لا يقع عن غير معين .

• مسألة ، قال (وحكم المرأة إذا كان لها محرم كحكم الرجل) .

ظاهر هذا : أن الحج لا يجب على المرأة التي لا محرم لها . لأنه جعلها بالمحرم كالرجل في وجوب الحج . فن لا محرم لها لا تكون كالرجل . فلا يجب عليها الحج . وقد نص عليه أحمد ، فقال أبو داود : قلت لأحمد : امرأة موسرة لم يكن لها محرم ، هل يجب عليها الحج ؟ قال : لا ، وقال أيضاً : المحرم من السبيل ، وهذا قول الحسن ، والنخعي ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي ، وعن أحمد : أن المحرم من شرائط نزوم السعي دون الوجوب ، فتي فاتها الحج بعد كمال الشرائط الخمس بموت أو مرض لا يرجى برؤه أخرج عنها حجة . لأن شروط الحج مختصة به قد كملت . وإنما المحرم لحفظها . فهو كتخيلة الطريق وإمكان المسير ، وعنه رواية ثالثة : أن المحرم ليس بشرط في الحج الواجب . قال الأثرم : سمعت أحمد يسأل : هل يكون الرجل محرماً لأم امرأته يخرجها إلى الحج ؟ فقال : أما في حجة الفريضة فأرجو . لأنها تخرج إليها مع النساء ومع كل من أمنتها وأما في غيرها فلا . والمذهب الأول . وعليه العمل . وقال ابن سيرين : تخرج مع رجل من المسلمين لا بأس به . وقال مالك : تخرج مع جماعة النساء . وقال الشافعي : تخرج مع حرة مسلمة ثقة . وقال الأوزاعي . تخرج مع قوم عدول ، تتخذ سلباً تصعد عليه وتنزل ولا يقربها رجل ، إلا أنه يأخذ رأس البعير وتضع رجلها على ذراعه . قال ابن المنذر : تركوا القول بظاهر الحديث . واشترط كل واحد منهم شرطاً لا حجة معه عليه . واحتجوا بأن النبي صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة . وقال لعدي ابن حاتم : يوشك أن تخرج الظعينة من الحيرة تؤم البيت لا جوار معها . لا تخاف إلا الله ، ولأنه سفر واجب : فلم يشترط له المحرم كالمسلة إذا تخلصت من أيدي الكفار .

ولنا : ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحل

لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر مسيرة يوم إلا ومعها ذو محرم ، وعن ابن عباس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يدخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم ولا تسافر امرأة إلا ومعها ذو محرم ، فقام رجل فقال : يا رسول الله إنى كنت فى غزوة كذا وانطلقت امرأتى حاجة . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « انطلق فاحجج مع امرأتك » متفق عليهما . وروى ابن عمر وأبو سعيد نَحْوًا من حديث أبي هريرة . قال أبو عبد الله : أما أبو هريرة فيقول « يوماً وليلة ، وروى عن أبي هريرة « لا تسافر سفراً أيضاً ، وأما حديث أبي سعيد يقول : « ثلاثة أيام . قلت ما تقول أنت ؟ قال . لا تسافر سفراً قليلاً ولا كثيراً إلا مع ذى محرم » وروى الدارقطنى بإسناده عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تحجن امرأة إلا ومعها ذو محرم ، وهذا صريح فى الحكم . ولأنها أنشأت سفراً فى دار الإسلام . فلم يحز بغير محرم كحج التطوع . وحديثهم محمول على الرجل بدليل أنهم اشتراطوا خروج غيرها معها . لجعل ذلك لغير المحرم الذى يئنه النبي صلى الله عليه وسلم فى أحاديثنا أولى مما اشترطوه بالتحكم من غير دليل . ويحتمل أنه أراد أن الزاد والراحلة يوجب الحج مع كمال بقية الشروط . ولذلك اشترطوا تغلية الطريق وإمكان المسير وقضاء الدين ونفقة العيال . واشترط مالك إمكان الثبوت على الراحلة ، وهى غير مذكورة فى الحديث . واشترط كل واحد منهم فى محل النزاع شرطاً من عند نفسه ، لا من كتاب ولا من سنة . فما ذكره النبي صلى الله عليه وسلم أولى بالاشتراط . ولو قدر التعارض لحديثنا أخص وأصح وأولى بالتقديم . وحديث عدى يدل على وجود السفر لا على جوازه . ولذلك لم يحز فى غير الحج المفروض ، ولم يذكر فيه خروج غيرها معها . وقد اشترطوا ههنا خروج غيرها معها .

وأما الأسيرة إذا تخطعت من أيدي الكفار . فإن سفرها سفر ضرورة لا يقاس عليه حالة الاختيار . ولذلك تخرج فيه وحدها . ولأنها تدفع ضرراً متيقناً بتحمل الضرر المتوهم . فلا يلزم تحمل ذلك من غير ضرر أصلاً .

(فصل) والمحرم زوجها أو من نحرّم عليه على التأيد بنفسه أو سبب مباح ،

كما بيها وابنتها وأخوها من نسب أو رضاع . لما روى أبو سعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر سفراً يكون ثلاثة أيام فصاعداً إلا ومعها أبوها أو ابنها أو زوجها أو ذو محرم منها ، رواه مسلم . قال أحمد : ويكون زوج أم المرأة محرماً لها يصح بها ، ويسافر الرجل مع أم ولد جده ، فإذا كان أخوها من الرضاعة خرجت معه . وقال في أم امرأته : يكون محرماً لها في حج الفرض دون غيره . قال الأثرم : كأنه ذهب إلى أنها لم تذكر في قوله (٢٤ : ٣١ ولا يبدن زينتهن) الآية : فأما من تحل له في حال كعبدها وزوج أختها فليس بمحرم لها ، نص عليه أحمد . لأنهما غير مأمرين عليها . ولا تحرم عليهما على التأييد فهما كالأجنبي . وقد روى عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : سفر المرأة مع عبدها ضيعة ، أخرجها سعيد . وقال الشافعي : عبدها محرم لها . لأنه يباح له النظر إليها فكان محرماً لها . كذى رحما . والأول أولى ويفارق ذا الرحم . لأنه مأمون عليها وتحرم عليه على التأييد ، وينتقض ما ذكروه بالقواعد من النساء وغير أولى الإربة من الرجال . وأما أم الموطومة بشبهة أو المزني بها أو ابنتها فليس بمحرم لها . لأن تحريمهما بسبب غير مباح . فلم يثبت به حكم المحرمية كالتهريم الثابت باللعان . وليس له الخلوة بهما ولا النظر إليهما لذلك . والكافر ليس بمحرم للسلسلة . وإن كانت ابنته ، قال أحمد في يهودى أو نصرانى أسلمت ابنته : لا يزوجها . ولا يسافر معها ليس هو لها بمحرم . وقال أبو حنيفة والشافعي : هو محرم لها . لأنها محرمة عليه على التأييد .

ولنا : أن إثبات المحرمية يقتضى الخلوة بها . فيجب أن لا تثبت لكافر على مسلمة كالخضانة للطفل . ولأنه لا يؤمن عليها أن يفترقا عن دينهما كالطفل . وما ذكروه يبطل بأم المزني بها وابنتها والمحرم باللعان وبالمجوسى مع ابنته . ولا ينبغي أن يكون في المجوسى خلاف . فإنه لا يؤمن عليها . ويعتقد حلها . نص عليه أحمد في مواضع . ويشترط في المحرم أن يكون بالغاً عاقلاً . قيل لأحد : فيكون الصبي محرماً . قال : لا حتى يحتلم . لأنه لا يقوم بنفسه . فكيف يخرج مع امرأة . وذلك لأن المقصود بالمحرم حفظ المرأة . ولا يحصل إلا من البالغ العاقل فاعتبر بذلك .

(فصل) ونفقة المحرم في الحج عليها . نص عليه أحمد . لأنه من سيلها . فكان عليها نفقته كالراحلة . فعلى هذا يعتبر في استطاعتها أن تملك زاداً وراحلة لها ومحرمها . فإن امتنع محرمها من الحج معها مع بذلها له نفقته فهو كمن لا محرم لها . لأنها لا يمكنها الحج بغير محرم . وهل يلزمه إجابتها إلى ذلك ؟ على . ابنتين نص عليهما وانصح أن لا يلزمه الحج معها في الحج مشقة شديدة وكلفة عظيمة . فلا تلزم أحداً لأجل غيره ، كالم يلزمه أن يحج عنها إذا كانت مريضة .

(فصل) وإذا مات محرم المرأة في الطريق . فقال أحمد : إذا تباعدت مضت فقصت الحج ، قيل له : قدمت من خراسان فأت ولها ببغداد ؟ فقال : تمضى إلى الحج . وإذا كان الفرض خاصة فهو أكد ، ثم قال : لا بد لها من أن ترجع . وهذا لأنها لا بد لها من السفر بغير محرم ، ففضيها إلى قضاء حجها أولى لكن إن كان حجها تطوعاً وأمكنتها الإقامة في بلد فهو أولى من سفرها بغير محرم .

(فصل) وليس لأرجل منع امرأته من حجة الإسلام . وبهذا قال النخعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي : وهو الصحيح من قول الشافعي . وله قول آخر له منعها منه ، بناء على أن الحج على التراخي .

ولنا : أنه فرض فلم يكن له منعها منه ، كصوم رمضان والصلوات الخمس . ويستحب أن تستأذنه في ذلك . نص عليه أحمد . فإن أذن وإلا خرجت بغير إذنه . فأما حج التطوع فله منعها منه . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه له منعها من الخروج إلى الحج التطوع . وذلك . لأن حق الزوج واجب ، فليس لها تفويته بما ليس بواجب ، كالسيد مع عبده . وليس له منعها من الحج المنذور . لأنه واجب عليها . أشبه حجة الإسلام .

(فصل) ولا تخرج إلى الحج في عدة الوفاة . نص عليه أحمد . قال : ولها أن تخرج إليه في عدة الطلاق المبتوت . وذلك . لأن لزيم المنزل والمبيت فيه واجب في عدة الوفاة . وقدم على السج ، لأنه يموت . والطلاق البتوت لا يجب فيه ذلك . وأما عدة الرجعية : فالمرأة فيه بمنزلة في طلب النكاح . لأنها زوجة . وإذا خرجت

للحج فتوفى زوجها ، وهى قرية رجعت لتعتد فى منزلها . وإن تباعدت مضت فى سفرها . ذكره الخرقى فى موضع آخر .

« مسألة » قال (فن فرط فيه حتى توفى أخرج عنه من جميع ماله حجة وعمرة) .
وجملة ذلك : أن من وجب عليه الحج وأمكنه فعله وجب عليه على الفور . ولم
يجز له تأخيرها . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعى : يجب الحج . وجوبا
موسعا . وله تأخيرها . لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أبا بكر على الحج ،
وتخلف بالمدينة لا محاربا ولا مشغولا بشئ ، وتخلف أكثر الناس قادين على
الحج ولأنه إذا أخره ثم فعله فى السنة الأخرى لم يكن قاضيا له ، دل على أن وجوبه
على التراخى .

ولنا : قول الله تعالى (٣ : ٩٧) والله على الناس حج البيت من استطاع إليه
سبيلا) وقوله (٢ : ١٩٦) وأتموا الحج والعمرة لله) والأمر على الفور (١) وروى
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أراد الحج فليجعل ، رواه الإمام أحمد
وأبو داود وابن ماجه ، وفى رواية أحمد وابن ماجه « فإنه قد يمرض المريض وتضل
الضالة وتعرض الحاجة » قال أحمد : ورواه الثورى ووكيع عن أبي إسرائيل عن
فضيل بن عمرو عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن أخيه الفضل عن النبي صلى الله
عليه وسلم ، وعن على بن رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من
ملك زاداً وراحلة تبلغه إلى بيت الله ولم يحج فلا عليه أن يموت يهوديا أو نصرانيا » .
قال الترمذى : لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وفى إسناده مقال ، وروى سعيد بن
منصور بإسناده عن عبد الرحمن بن سابط قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) لكنه أمر بإتمامها لمن شرع فيها ، ولا خلاف فيه ، وقد وجد الصارف عن
الفور من العنة . وهو تراخيه صلى الله عليه وسلم مع كثير من المؤمنين إلى سنة عشر
والحج فرض سنة ستة أو خمس عند نزول سورة آل عمران . ومن قال : إنه فرض
سنة عشر فقد أخطأ : لأن السورة نزلت قبلها قطعاً ، والاحاديث المذكورة كلها
ضعيفة . بل قال ابن الجوزى بوضع بعضها ، وتعجيله ضرورى للاحتياط .

« من مات ولم يحج خجعة الإسلام لم يمنعه مرض حابس أو سلطان جائر أو حاجة ظاهرة فليمت على أى حال شاء يهوديا أو نصرانيا ، وعن عمر نحوه من قوله ، وكذلك عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم ، ولأنه أحد أركان الإسلام . فكان واجبا على الفور كالصيام ، ولأن وجوبه بصفة التوسع يخرج عنه رتبة الواجبات . لأنه يؤخر إلى غير غاية . ولا يأتى بالموت قبل فعله لكونه فعل ما يجوز له فعله . وليس على الموت أمانة يقدر بعدها على فعله ، فأما النبي صلى الله عليه وسلم فإنما فتح مكة سنة ثمان ، وإنما أخره سنة تسع ، فيحتمل أنه كان له عذر من عدم الاستطاعة أو كره رؤيته المشركين عراة حول البيت ، فأخر الحج حتى بعث أبا بكر ينادى « أن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان » ويحتمل أنه أخره بأمر الله تعالى لتكون حجة الوداع فى السنة التى استدار فيها الزمان كهيئة يوم خلق الله السموات والأرض ويصادف وقفة الجمعة ، ويكمل الله دينه . ويقال : إنه اجتمع يومئذ أعياد أهل كل دين . ولم يجتمع قبله ولا بعده . فأما تسمية فعل الحج قضاء . فإنه يسمى بذلك . قال الله تعالى (٢٢ : ٢٩ ثم ليقيموا تقمهم) وعلى أنه لا يلزم من الوجوب على الفور تسمية القضاء . فإن الزكاة تجب على الفور ، ولو أخرها لا تسمى قضاء . والقضاء الواجب على الفور إذا أخره لا يسمى قضاء القضاء ولو غلب على ظنه فى الحج أنه لا يعيش إلى سنة أخرى لم يحز له تأخيرها فلو أخره لا يسمى قضاء .

إذا ثبت هذا : عدنا إلى شرح مسألة الكتاب ، فيقول : متى توفي من وجب عليه الحج ولم يحج وجب أن يخرج عنه من جميع ماله ما يحج به عنه ويعتمر ، سواء فاته بتفريط أو بنسيء تفريط . وبهذا قال الحسن وطاوس والشافعى . وقال أبو حنيفة ومالك : يسقط بالموت . فإن وصى بها فبى من الثلث . وبهذا قال الشعبي والنخعي لأنه عبادة بدنية فتسقط بالموت كالصلاة .

ولنا : ما روى ابن عباس « أن امرأة سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن أبيها مات ولم يحج ؟ قال : حجى عن أبيك » وعنه « أن امرأة نذرت أن تحج فأتته فأتى أخوها النبي صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك ؟ فقال : رأيت لو كان على

أختك دين أما كنت قاضية؟ قال : نعم قال : فاقضوا دين الله فهو أحق بالقضاء ، رواهما النسائي . وروى هذا أبو داود الطيالسي عن شعبة عن أبي بشر عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأنه حق استقر عليه تدخله النيابة . فلم يسقط بالموت كالدين . ويخرج عليه الصلاة ، فإنها لا تدخلها النيابة ، والعمره كالحج في القضاء فإنها واجبة . وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم أبا رزين أن يبيع عن أبيه ويعتمر ، ويكون ما يبيع به ويعتمر من جميع ماله . لأنه دين مستقر فكان من جميع المال كدين الآدمي .

(فصل) ويستتاب من يبيع عنه من حيث وجب عليه إما من بلده أو من الموضع الذي أحصر فيه . وبهذا قال الحسن وإسحاق ومالك في النذر . وقال عطاء في النادر ، إن لم يكن نوى مكاناً فمن ميقاته . واختاره ابن المنذر . وقال الشافعي فيمن عليه حجة الإسلام : يستأجر من يبيع عنه من الميقات . لأن الإحرام لا يجب من دونه .

ولنا : أن الحج واجب على الميت من بلده ، فوجب أن ينوب عنه منه . لأن القضاء يكون على وفق الأداء كقضاء الصلاة والصيام ، وكذلك الحكم في حج النذر والقضاء . فإن كان له وطنان استناب من أقربهما . فإن وجب عليه الحج بخراسان ومات ببغداد أو وجب عليه ببغداد فمات ببغداد ، فقال أحمد : يبيع عنه من حيث وجب عليه ، لا من حيث موته . ويحتمل أن يبيع عنه من أقرب المكانين ، لأنه لو كان حياً في أقرب المكانين لم يجب عليه الحج من أبعد منه . فكذلك نائبه . فإن أحج عنه من دون ذلك ، فقال القاضي : إن كان دون مسافة القصر أجزأه . لأنه في حكم القريب ، وإن كان أبعد لم يجزئه . لأنه لم يؤد الواجب بكاله . ويحتمل أن يجزئه فيكون مسيئاً كن وجب عليه الإحرام من الميقات فأحرم من دونه .

(فصل) فإن خرج للحج فمات في الطريق حج عنه من حيث مات . لأنه أسقط بعض ما وجب عليه فلم يجب ثانياً . وكذلك إن مات نائبه استناب من حيث مات لذلك . ولو أحرم بالحج ثم مات صحته النيابة عنه فيما بقي من التمسك ، سواء كان

لأحرامه لنفسه أو لغيره . نص عليه . لأنها عبادة تدخلها النيابة . فإذا مات بعد فعل بعضها قضى عنه باقيها كالزكاة .

(فصل) فإن لم يخلف تركه تقي بالحج من بلده حج عنه من حيث تبلغ . وإن كان عليه دين لآدمي تحاصبا ويؤخذ للحج حصته فيحج بها من حيث تبلغ . وقال أحمد في رجل أوصى أن يحج عنه ولا تبلغ النفقة ؟ قال : يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من غير مدينته . وهذا لقول النبي صلى الله عليه وسلم : إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ، ولأنه قدر على أداء بعض الواجب . فلو زمه كالزكاة . وعن أحمد ما يدل على أن الحج يسقط . لأنه قال في رجل أوصى بحجة واجبة ولم يخلف ما يتم به حجه : هل يحج عنه من المدينة أو من حيث تتم الحجة ؟ فقال : ما يكون الحج عندي إلا من حيث وجب عليه . وهذا تنبيه على سقوطه عن عليه دين لا تقي تركته به وبالحج . فإنه إذا أسقطه مع عدم المعارض فح المعارض بحق الآدمي المؤكد أولى وأحرى . ويحتمل أن يسقط عن عليه دين وجهاً واحداً . لأن حق الآدمي المعين أولى بالتقديم لتأكده ، وحقه حق الله تعالى مع أنه لا يمكن أدائه على الوجه الواجب .

(فصل) وإن أوصى بحج تطوع فلم يف ثلثه بالحج من بلده حج به من حيث بلغ ، أو يعان به في الحج . نص عليه . وقال : التطوع ما يبالي من أين كان ، ويستأناب عن الميت ثقة بأقل ما يوجد ، إلا أن يرضى الورثة بزيادة أو يكون قد أوصى بشيء فيجوز ما أوصى به ما لم يرد على الثلث .

(فصل) يستحب أن يحج الإنسان عن أبويه إذا كانا ميّتين أو عاجزين . لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أبا رزين فقال : حج عن أبيك واعتمر ، و سألت امرأة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أبيها مات ولم يحج فقال : حجى عن أبيك ، ويستحب البداءة بالحج عن الأم إن كان تطوعاً أو واجباً عليهما . نص عليه أحمد في التطوع . لأن الأم مقدمة في البر ، قال أبو هريرة : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من أحق الناس بحسن صحابتي ؟ قال : أمك . قال : ثم من ؟ قال : أمك . قال : ثم من ؟ قال : أمك . قال : ثم من ؟ قال :

أبوك ، رواه مسلم والبخارى . وإن كان الحج واجباً على الأب دونها بدأ به . لأنه واجب فكان أولى من التطوع . وروى زيد بن أرقم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا حج الرجل عن والديه يقبل منه ومنهما ، واستبشرت أرواحهما في السماء ، وكتب عند الله برأ » ، وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حج عن أبيه أو قضى عنهما مغرمًا بعث يوم القيامة مع الأبرار » ، وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حج عن أبيه أو أمه فقد قضى عنه حجته . وكان له فضل عشر حجج » ، روى ذلك كله الدارقطني .

« مسألة » قال (ومن حج عن غيره ولم يكن حج عن نفسه رد ما أخذ وكانت الحجة عن نفسه) .

وجملة ذلك : أنه ليس لمن لم يحج حجة الإسلام أن يحج عن غيره . فإن فعل وقع إحرامه عن حجة الإسلام . وبهذا قال الأوزاعي والثاقبي وإسحاق . وقال أبو بكر عبد العزيز : يقع الحج باطلا . ولا يصح ذلك عنه ، ولا عن غيره . وروى ذلك عن ابن عباس . لأنه لما كان من شرط طواف الزيارة تعيين النية ففي نواه لغيره ولم ينو لنفسه لم يقع عن نفسه . وقال الحسن وإبراهيم وأيوب السخيتاني وجعفر بن محمد ومالك وأبو حنيفة : يجوز أن يحج عن غيره من لم يحج عن نفسه . وحكى عن أحمد مثل ذلك . وقال الثوري : إن كان يقدر على الحج عن نفسه حج عن نفسه وإن لم يقدر على الحج عن نفسه حج عن غيره ، واحتجوا بأن الحج مما تدخله النيابة . فجاز أن يؤديه عن غيره من لم يسقط فرضه عن نفسه كالزكاة .

ولنا : ما روى ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلاً يقول : لبيك عن شبرمة . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من شبرمة ؟ قال : قريب لي . قال : هل حججت قط ؟ قال : لا . قال : فاجعل هذه عن نفسك ثم احج عن شبرمة » ، رواه الإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه . وهذا لقوله . ولأنه حج عن غيره قبل الحج عن نفسه فلم يقع عن الغير ، كما لو كان صلياً . ويفارق الزكاة فإنه يجوز أن ينوب عن الغير وقد بقي عليه بعضها . وههنا لا يجوز أن يحج

عن الغير من شرع في الحج قبل إتمامه . ولا يطوف عن غيره من لم يطف
عن نفسه .

إذا ثبت هذا : فإن عليه رد ما أخذ من النفقة . لأنه لم يقع الحج عنه . فأشبهه
ما لو لم يحج .

(فصل) وإن أحرم بتطوع أو نذر من لم يحج حجة الإسلام وقع عن
حجة الإسلام . وبهذا قال ابن عمر وأنس والشافعي . وقال مالك والثوري
وأبو حنيفة وإسحاق وابن المنذر : يقع ما فواه . وهو رواية أخرى عن أحمد وقول
أبي بكر لما تقدم .

ولنا : أنه أحرم بالحج وعليه فرضه فوقع عن فرضه كالمطابق . ولو أحرم
بتطوع وعليه مندورة وقعت عن المندورة . لأنها واجبة فهي كحجة الإسلام والعمرة
كالحج فيما ذكرنا ، لأنها أحد النسكين . فأشبهت الآخر . والنائب كالمندوب عنه
في هذا . فمضى أحرم النائب بتطوع أو نذر عن لم يحج حجة الإسلام وقعت عن
حجة الإسلام ، لأن النائب يجري مجرى المندوب عنه . وإن استناب رجائين في
حجة الإسلام ومندور أو تطوع فأيهما سبق بالإحرام وقعت حجته عن حجة
الإسلام وتقع الأخرى تطوعاً أو عن النذر . لأنه لا يقع الإحرام عن غير حجة
الإسلام ممن هي عليه فكذلك من نائبه .

(فصل) إذا كان الرجل قد أسقط فرض أحد النسكين عنه دون الآخر
جاز أن ينوب عن غيره فيما أدى فرضه دون الآخر . وليس للصبي والعبد أن ينوبا
في الحج عن غيرهما . لأنهما لم يسقطا فرض الحج عن أنفسهما . فهما كالحر البالغ
في ذلك وأولى منه . ويحتمل أن لهما النيابة في حج التطوع دون الفرض . لأنهما
من أهل التطوع دون الفرض ، ولا يمكن أن تقع الحجة التي نأبا فيها عن فرضهما
لكونهما ليسا من أهله فبقيت لمن فعلت عنه . وعلى هذا لا يلزمهما رد ما أخذنا
لذلك كالبالغ الحر الذي قد حج عن نفسه .

(فصل) إذا أحرم بالمندورة من عليه حجة الإسلام ف وقعت عن حجة
الإسلام ، فالنصوص عن أحمد : أن المندورة لا تسقط عنه . وهو قول ابن عمر
 وأنس وعطاء ، لأنها حجة واحدة . فلا تجزئ عن حجتين كما لو نذر حجتين

الحج واحدة . ويحتمل أن يجزئ . لأنه قد أتى بالحجة ناوياً بها نذره فأجزأته ، كما لو كان ممن أسقط فرض الحج عتق نفسه . وقد نقل أبو طالب عن أحمد فيمن نذر أن يحج وعليه حجة مفروضة فأحرم عن النذر : وقتت عن المفروض . ولا يجب عليه شيء آخر ؛ وهذا مثل ما لو نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم في يوم من رمضان فتواه عن فرضه ونذره على رواية . وهذا قول ابن عباس وعكرمة ، وروى سعيد بإسناده عن ابن عباس وعكرمة أنهما قالا : في رجل نذر أن يحج ولم يكن حج الفريضة ؛ قال ؛ يجزئ لها جميعاً . وسئل عكرمة عن ذلك ؟ فقال : يقضى حجة عن نذره وعن حجة الإسلام . أرايتم لو أن رجلاً نذر أن يصلي أربع ركعات فصلى العصر ، أليس ذلك يجزئه من العصر ومن النذر ؟ قال : وذكرت قولاً لابن عباس . فقال : أصبت أو أحسنت .

مسألة ، قال : (ومن حج وهو غير بالغ فبلغ أو عبد فتعتق فعليه الحج)

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم — إلا من شذ عنهم من لا يعتد بقوله خلافاً — على أن الصبي إذا حج في حال صغره ، والعبد إذا حج في حال رقه ، ثم بلغ الصبي وعتق العبد . أن عليهما حجة الإسلام إذا وجد إليهما سيلاً . كذلك قال ابن عباس وعطاء والحسن والنخعي والثوري ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . قال الترمذي : وقد أجمع أهل العلم عليه . وقان الإمام أحمد عن محمد بن كعب القرظي . قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إني أريد أن أجدد في صدور المؤمنين عهداً ، أيما صبي حج به أهله فأت أجزأت عنه ، فإن أدرك فعليه الحج ، وأيما مملوك حج به أهله فأت أجزأت عنه ، فأجزأت عنه فإن أعتق فعليه الحج ، رواه سعيد في سننه والشافعي في مسنده عن ابن عباس من قوله ، ولأن الحج عبادة بدنية فعلها قبل وقت وجوبها فلم يمنع ذلك وجوبها عليه في وقتها ، كما لو صلى قبل الوقت ، وكما لو صلى ثم بلغ في الوقت .

(فصل) فإن بلغ الصبي أو عتق العبد بعرفة أو قبلها غير محرمين فأحرما ووفقا بعرفة وأتما المناسك أجزأهما عن حجة الإسلام . لا نعلم فيه خلافاً . لأنه لم يفتهما شيء من أركان الحج ولا فعلاً شيئاً منها قبل وجوبه ، وإن كان البسوط والعنق وهما محرمان أجزأهما أيضاً عن حجة الإسلام ، كذلك قال ابن عباس ، وهو

مذهب الشافعي وإسحاق وقاله الحسن في العبد ، وقال مالك : لا يجزئهما . اختاره ابن المنذر . وقال أصحاب الرأي : لا يجزئ العبد ، فأما الصبي فإن جدد إحراماً بعد أن احتلم قبل الوقوف أجزأه وإلا فلا . لأن إحرامهما لم ينعتد واجباً . فلا يجزئ عن الواجب كما لو بقيا على حالهما .

ولنا : أنه أدرك الوقوف حرّاً بالغاً بأجزأه ، كما لو أحرم تلك الساعة . قال أحمد : قال طاووس عن ابن عباس « إذا أعتق العبد بعرفة أجزأت عنه حجته ، فإن عتق بجمع لم تجزئ عنه ، وهؤلاء يقولون : لا تجزئ ، ومالك يَقُولُهُ أيضاً . وكيف لا يجزئ وهو لو أحرم تلك الساعة كان حججه تاماً . وما أعلم أحداً قال لا يجزئ إلا هؤلاء والحكم فيما إذا أعتق العبد وبلغ الصبي بعد خروجهما من عرفة فعاداً إليها قبل طلوع الفجر ليلة النحر كالحكم فيما إذا كان ذلك فيها . لأنهما قد أدركا من الوقت ما يجزئ ولو كان لحظة ، وإن لم يعودا أو كان ذلك قبل طلوع الفجر من يوم النحر لم يجزئهما عن حجة الإسلام ويتان حججهما تطوعاً لقوات الوقوف المفروض ، ولادم عليهما . لأنهما حجة تطوعاً بإحرام صحيح من الميقات فأشبهها البالغ الذي يحج تطوعاً .

فإن قيل : فلم لا قلتم إن الوقوف فعلاه يصير فرضاً ، كما قلتم في الإحرام الذي أحرم به قبل البلوغ يصير بعد بلوغه فرضاً ؟

قلنا : إنما اعتدنا له بإحرامه الموجود بعد بلوغه . وما قبل بلوغه تطوع لم ينقلب فرضاً ولا اعتدله به . فالوقوف مثله ؛ فنظيره : أن يبلغ وهو واقف بعرفة فإنه يعتد له بما أدرك من الوقوف . ويصير فرضاً دون ما مضى .

(فصل) وإذا بلغ الصبي أو عتق العبد قبل الوقوف أرى وقته وأمكنهما الإتيان بالحج لزمهما ذلك . لأن الحج واجب على الفور . فلا يجوز تأخيرهما مع إمكانه كالبالغ الحر . وإن فاتهما الحج لزمتهما العمرة . لأنها واجبة أمكن فعلها . فأشبهت الحج ، ومتى أمكنهما ذلك فلم يفعلوا استقر الوجوب عليهما . سواء كانا موسرين أو مسرين . لأن ذلك وجب عليهما بإمكانه في موضعه ، فلم ينسقط بفوات القدية بعده .

(فصل) والحكم في الكافر يسلم ، والمنجنون يفيق : حكم العبي في جميع ما فصلناه ، إلا أن هذين لا يصح منهما لإحرام . ولو أحرما لم ينقذ لإحرامهما . لأنهما من غير أهل العبادات ويكون حكمهما حكم من لم يحرم .

(فصل) وقد بقي من أحكام حج العبد أربعة فصول : أحدها : في حكم إحرامه . الثاني : في حكم نذره للحج . الثالث : في حكم ما يلزمه من الجنائيات على إحرامه : الرابع : حكم إفساده وفواته .

(الفصل الأول في إحرامه) وليس للعبد أن يحرم بغير إذن سيده . لأنه يفوت به حقوق سيده الواجبة عليه بالانضمام ما ليس بواجب فإن فعل انعقد لإحرامه صحيحاً لأنها عبادة بدنية . فصح من العبد الدخول فيها بغير إذن سيده ، كالصلاة والصوم ، ولسيده تحليله في إحدى الروايتين ، لأن في بقائه عليه تفويتاً لحقه من منافع بغير إذنه . فلم يلزم ذلك سيده كالصوم المضرب يدينه وهذا اختيار ابن حامد وإذا حلله منه كان حكمه حكم المحصر . والثانية : ليس له تحليله وهو اختيار أبي بكر . لأنه لا يمكنه التحلل من قطوعه فلم يملك تحليل عبده . والأول أصح . لأنه التزم التطوع باختيار نفسه . فنظيره : أن يحرم عبده بإذنه وفي مسألتنا يفوت حقه الواجب بغير اختياره فأما إن أحرّم بإذن سيده فليس له تحليله وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : له ذلك . لأنه ملكه منافع نفسه . فكان له الرجوع فيها ، كالمعير يرجع في العارية .

ولنا : أنه عقد لازم عقده بإذن سيده . فلم يكن لسيده منعه منه كالنكاح ولا يشبه العارية . لأنها ليست لازمة . ولو أعاره شيئاً ليرهنه فرهنه لم يكن له الرجوع فيه . ولو باعه سيده بعد ما أحرّم لحكم مشتربه في تحليله حكم بائعه سواء . لأنه اشتراه مسلوب المنفعة . أشبه الأمانة المزوجة والمستأجرة . فان علم المشتري بذلك فلا خيار له . لأنه دخل على بصيرة فأشبه ما لو اشترى معيماً يعلم عيه . وإن لم يعلم فله الفسخ . لأنه يتضرر بمضى العبد في حجه لفوات منفعه ، إلا أن يكون إحرامه بغير إذن سيده ونقول له تحليله . فلا يملك الفسخ لأنه يمكنه دفع الضرر عنه . ولو أذن له سيده في الإحرام ثم رجع قبل أن يحرم وعلم العبد برجوعه قبل (م ١٥ - ج ٣ - المغني)

الإحرام : فهو كمن لم يأذن له . وإن لم يعلم حتى أحرم فهل يكون حكمه حكم من أحرم بأذن سيده ؟ على وجهين ، بناء على الوكيل ، هل ينزل بالعزل قبل العلم على روايتين .

(الفصل الثاني) إذا نذر العبد الحج صبح نذره . لأنه مكلف . فالتعقد نذره كالحر . ولسيده منعه من المضى فيه . لأن فيه تفويت حق سيده الواجب . فمنع منه . كما لو لم ينذر . ذكره القاضى وابن حامد وروى عن أحمد أنه قال : لا يعجزني منعه من الوفاء به . وذلك لما فيه من أداء الواجب فيحتمل أن ذلك على الكراهة لا على التحريم لما ذكرنا ، ويحتمل التحريم . لأنه واجب فلم يملك منعه منه كسائر الواجبات . والأول أولى . فان أعتق لزمه الوفاء به بعد حجة الإسلام فان أحرم به أولا انصرف إلى حجة الإسلام ، كالحر إذا نذر حجاً .

(الفصل الثالث) في جنائياته وما جنى على إحرامه لزمه حكمه . وحكمه فيما يلزمه حكم الحر المعسر فرضه الصيام . وإن تحلل بمصر عدو أو حله سيده فعليه الصيام لا يتحلل قبل فعله كالحر . وليس لسيده أن يحول بينه وبين الصوم . نص عليه لأنه صوم واجب . أشبه صوم رمضان . فان ملكه السيد هدياً وأذن له في إهدائه وقلنا : إنه يملكه . فهو كالمهدي الواجب لا يتحلل إلا به . وإن قلنا لا يملكه . ففرضه الصيام . وإن أذن له سيده في تمتع أو قران فعليه الصيام بدلا عن الهدى الواجب بهما . وذكر القاضى : أن على سيده تحمل ذلك عنه . لأنه بإذنه . فكان على من أذن فيه كما لو فعله النائب بأذن المستنقب ، وليس بجديد . لأن الحج للعبد . وهذا من موجباته . فيكون عليه كالمرأة إذا حجت بأذن زوجها . ويفارق من حج عن غيره . فان الحج للمستنقب فوجبه عليه . وإن تمتع أو قارن بغير إذن سيده . فالصيام عليه بغير خلاف ، وإن أفسد حجه فعليه أن يصوم لذلك لأنه لا مال له فهو كالمعسر من الأحرار .

(الفصل الرابع) إذا وطئ العبد قبل التحلل الأول فسد ، ويلزمه المضى في فاسده كالحر ، لكن إن كان الإحرام مأذوناً فيه فليس لسيده إخراجه منه . لأنه ليس له منعه من صحته ، فلم يكن له منعه من فاسده ، وإن كان الإحرام بغير إذنه

فله تحليله منه ، لأنه يملك تحليله من صحيحه فالفساد أولى . وعليه القضاء ، سواء كان الإحرام مأذوناً فيه أو غير مأذون . ويصح القضاء في حال رقه ، لأنه وجب فيه ، فصيح منه كالصلاة والصيام ثم إن كان الإحرام الذي أفسده مأذوناً فيه ، فليس له منعه من قضاائه ، لأن إذنه في الحج الأول إذن في موجهه ، ومقتضاه ، ومن موجهه : القضاء لما أفسده ، فإن كان الأول غير مأذون فيه احتمل أن لا يملك منعه من قضاائه ، لأنه واجب ، وليس للسيد منعه من الواجبات ، واحتمل أن له منعه منه ، لأنه يملك منعه من الحج الذي شرع فيه بغير إذنه ، فكذلك هذا ، فإن أتيقن قبل القضاء فليس له فسخه قبل حجة الإسلام ، لأنها آكد ، فإن أحرم بالقضاء انصرف إلى حجة الإسلام وبقي القضاء في ذمته ، وإن عتق في أثناء الحجة الفاسدة وأدرك من الوقوف ما يميزه أجزاءه القضاء عن حجة الإسلام ، لأن المقتضى لو كان صحيحاً أجزأه ، فكذلك قضاؤه وإن عتق بعد ذلك لم يميزه القضاء عن حجة الإسلام ، لأن المقتضى لا تجزئه فكذلك قضاؤه ، والمندبر والمعلق عتقه بصفة وأم الولد ، والمعتق بعضه حكمه حكم القن فيما ذكرناه .

مسألة ، قال (وإذا حج بالصغير جنب ما يتجنبه الكبير وما عجز عنه من عمل الحج عمل عنه) .

وجملة ذلك : أن الصبي يصح حجه ، فإن كان يميزاً أحرم باذن وليه ، وإن كان غير يميز أحرم عنه وليه . فيصير محرماً بذلك ، وبه قال مالك والشافعي . وروى عن عطاء والنخعي ، وقال أبو حنيفة : لا ينعقد إحرام الصبي ، ولا يصير محرماً بإحرام وليه ، لأن الإحرام سبب يلزم به حكم ، فلم يصح من الصبي كالنذر .

ولنا : ما روى ابن عباس قال : رفعت امرأة صبياً فقالت يا رسول الله : لهذا حج ؟ قال : نعم ولك أجر ، رواه مسلم وغيره من الأئمة . وروى البخاري عن السائب بن يزيد قال : حج بي مع النبي صلى الله عليه وسلم وأنا ابن سبع سنين ، ولأن أبا حنيفة قال : يجنب ما يجنبه المحرم ، ومن اجتنب ما يجنبه المحرم كان إحرامه صحيحاً ، والنذر لا يجب به شيء بخلاف مسألتنا .

والكلام في حج الصبي في فصول أربعة : في الإحرام عنه ، أو منه ، وفيما

يفعله بنفسه ، أو بغيره ، وفي حكم جنائياته على إحرامه . وفيها يلزمه من القضاء والكفارة .

(الفصل الأول في الإحرام عنه) إن كان مميزاً أحرم بإذن وليه . وإن أحرم بدون إذنه لم يصح . لأن هذا عقد يؤدي إلى لزوم مال . فلم ينعقد من الصبي بنفسه كالبيع . وإن كان غير مميز فأحرم عنه من له ولاية على ماله كالآب والوصى وأمين الحاكم صح ، ومعنى إحرامه عنه . أنه يعقد له الإحرام . فيصح للصبي دون الولي كما يعقد النكاح له . فعلى هذا : يصح أن يعقد الإحرام عنه . سواء كان محرماً أو حلالاً ممن عليه حجة الإسلام . أو كان قد حج عن نفسه ، فإن أحرمت أمه عنه صح لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ولك أجر » ولا يضاف الأجر إليها إلا لسكونه تبعاً لها في الإحرام ، قال الإمام أحمد في رواية حنبل : يحرم عنه أبوه أو وليه . واختاره ابن عقيل . وقال : المسأل الذي يلزم بالإحرام لا يلزم الصبي ، وإنما يلزم من أدخله في الإحرام في أحد الوجهين ، وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد : أنه لا يحرم عنه إلا وليه . لأنه لا ولاية للأُم على ماله ، والإحرام يتعلق به لإلزام مال ، فلا يصح من غير ذى ولاية . كشرائه شيء له ، فأما غير الأم وأولى من الأقارب كالآخ والعموابنه . فيخرج فيهم وجهان بناء على القول في الأم . أما الأجانب : فلا يصح إحرامهم عنه وجهاً واحداً .

(الفصل الثاني) أن كل ما أمكنه فعله بنفسه لزمه فعله ، ولا ينوب غيره عنه فيه ، كالوقوف والمبيت بمزدلفة وبحوهما ، وما يحجز عنه عمله الولي عنه . قال جابر « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حججاً ومغنا النساء والصبيان . فأحرمنا عن الصبيان ، رواه سعيد في سننه : ورواه ابن ماجه في سننه فقال « فلبينا عن الصبيان ورمينا عنهم » ورواه الترمذى . قال « فسكننا نلبى عن النساء ، ونرمى عن الصبيان » قال ابن المنذر : كل من حفظت عنه من أهل العلم يرى الرمي عن الصبي الذي لا يقدر على الرمي ، كان ابن عمر يفعل ذلك ، وبه قال عطاء والزهرى ومالك والشافعى وإسحاق ، وعن ابن عمر « أنه كان يبيع صبياه وهم صغار . فن استطاع منهم أن يرمى رمى . ومن لم يستطع أن يرمى رمى عنه ، وعن ابن إسحاق

أن أبا بكر رضى الله عنه طاف بآب الزبير في خرقة ، رواها الأثرم ، قال الإمام أحمد : يرمى عن الصبي أبواه أو وليه ، قال القاضي : إن أمكنه أن يناول الثائب الحصى ناوله . وإن لم يمكنه استحب أن يوضع الحصى في يده فيرمى عنه . وإن وضعها في يد الصغير ورهى بها فجعل يده كالآلة لحسن ، ولا يجوز أن يرمى عنه إلا من قدر رمى عن نفسه . لأنه لا يجوز أن ينوب عن الغير وعليه فرض نفسه . وأما الطواف . فإنه إن أمكنه المشى مشى وإلا طيف به محمولا أو راكبا . فإن أبا بكر طاف بآب الزبير في خرقة ، ولأن الطواف بالكبير محمولا لعذر يجوز . فالصغير أولى . ولا فرق بين أن يكون الحامل له حلالا أو حراما من أسقط الفرض عن نفسه أو لم يسقطه لأن الطواف للمحمول لا للحامل ولذلك صح أن يطوف راكبا على بعير وتعتبر النية في الطائف به فإن لم ينو الطواف عن الصبي لم يجزئه . لأنه لما لم يعتبر النية من الصبي اعتبرت من غيره كما في الإحرام ، فإن نوى الطواف عن نفسه وعن الصبي احتمل وقوعه عن نفسه كالحج إذا نوى به عن نفسه وغيره واحتمل أن يقع عن الصبي كما لو طاف بكبير ونوى كل واحد منهما عن نفسه لكون المحمول أولى ، واحتمل أن يقع لعدم التعيين لكون الطواف لا يقع عن غير معين .

وأما الإحرام : فإن الصبي يجرد كما يجرد الكبير ، وقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنها كانت تجرد الصبيان إذا دنوا من الحرم قال عطاء يفعل بالصغير كما يفعل الكبير ويشهر به المناسك كلها إلا أنه لا يصلى عنه .

(الفصل الثالث في محظورات الإحرام) وهي قسمان ما يختلف عمده ومهوه كاللباس والطيب وما لا يختلف كالصيد وحلق الشعر وتقليم الأظفار (فالأول) لا فدية على الصبي فيه لأن عمده خطأ (والثاني) عليه فيه الفدية وإن وطئ أفسد حجه ويمضى في فاسده وفي القضاء عليه وجهان (أحدهما) لا يجب ثلثا تجب عبادة بدنية على من ليس من أهل التكليف (والثاني) يجب . لأنه لإفساد موجب للفدية فأوجب القضاء كوطئه البالغ فإن قضى بعد البلوغ بدأ بحجة الإسلام ، فإن أحرم بالقضاء قبلها انصرف إلى حجة الإسلام وهل تجزئ عن القضاء ؟ ينظر فإن كانت

الفاستدقة أدرك فيها شيئا من الوقوف بعد بلوغه أجزأ عنهما جميعا وإلا لم يجزئه كما قلنا في العبد على ما مضى .

(الفصل الرابع فيما يلزمه من الفدية) قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن جنایات الصبيان لازمة لهم في أموالهم وذكر أصحابنا في الفدية التي تجب بفعل الصبي وجهين : أحدهما هي في ماله لأنها وجبت بجنایته أشبهت الجنایة على الآدمي والثاني على الولي وهو قول مالك لأنه حصل بعقده أو إذنه فكان عليه كنفقة حجة فأما النفقة فقال القاضي ما زاد على نفقة الحضر في مال الولي لأنه كلفه ذلك ولا حاجة به إليه وهذا اختيار أبي الخطاب وحكي عن القاضي أنه ذكر في الخلاف أن النفقة كلها على الصبي لأن الحج له فنفقته عليه كالبالغ ولأن فيه مصلحة له بتحصيل الثواب له ويتمرن عليه فصار كأجر المعلم والطبيب والأول أولى فإن الحج لا يجب في العمر إلا مرة ويمتثل أن لا يجب فلا يجوز تكليفه بذل ماله من غير حاجة إليه للتمرن عليه والله أعلم .

(فصل) إذا أغنى على بالغ لم يصح أن يحرم عنه رفيقه وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة : يصح ويصير محرما باحرام رفيقه عنه استحسانا لأن ذلك معلوم من قصده ويلحقه مشقة في تركه فأجزأ عنه لإحرام غيره . ولنا : أنه بالغ فلم يصح محرما باحرام غيره كالتائب ولو أنه أذن في ذلك وأجازه لم يصح فعدم هذا أولى أن لا يصح .

« مسألة » قال (ومن طيف به محمولا كان الطواف له دون حامله)

أما إذا طيف به محمولا لعذر فلا يخلو إما أن يقصدنا جميعا عن المحمول فيصح عنه دون الحامل بغير خلاف نعمليه أو يقصدنا جميعا عن الحامل فيقع عنه أيضا ولا شيء للمحمول أو يقصد كل واحد منهما الطواف عن نفسه فإنه يقع للمحمول دون الحامل وهذا أحد قول الشافعي والقول الآخر يقع للحامل لأنه الفاعل وقال أبو حنيفة يقع لهما لأن كل واحد منهما طائف بنية صحيحة فأجزأ الطواف عنه كالأول لم ينو صاحبه شيئا ولأنه لو حمله بعرفات لكان الوقوف عنهما كذا ههنا وهذا القول حسن ، ووجه الأول أنه طواف أجزأه عن المحمول فلم يقع عن الحامل كالأول نويا جميعا المحمول

ولأنه طواف واحد فلا يقع عن شخصين والراكب لا يقع طوافه إلا عن واحد،
وأما إذا حمله في عرفة فما حصل الوقوف بالحمل فإن المقصود السكون في عرفات
وهما كائنان بها والمقصود ههنا الفعل وهو واحد فلا يقع عن شخصين ووقوعه عن
المحمول أولى لأنه لم ينو بطوافه إلا لنفسه والحامل لم يخلص قصده بالطواف لنفسه
فإنه لو لم يقصد الطواف بالمحمول لما حمله فإن تمكنه من الطواف لا يقف على
حمله فصار المحمول مقصوداً لهما ولم يخلص قصد الحامل لنفسه فلم يقع عنه لعدم
التعيين وقال أبو حفص العسكري في شرحه لا يجزئ الطواف عن واحد منهما لأن
فعلاً واحداً لا يقع عن اثنين ، وليس أحدهما أولى به من الآخر ، وقد ذكرنا أن
المحمول به أولى لخلوص نيته لنفسه وقصد الحامل له ولا يقع عن الحامل لعدم
التعيين فإن نوى أحدهما نفسه دون الآخر صح الطواف له وإن عدمت النية منهما
أو نوى كل واحد منهما الآخر لم يصح لواحد منهما .



باب ذكر المواقيت

• مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (وميقات أهل المدينة من ذى الحليفة ، وأهل الشام ومصر والمغرب من الجحفة ، وأهل اليمن من يلم ، وأهل الطائف ونجد من قرن ، وأهل المشرق من ذات عرق) .

وجملة ذلك : أن المواقيت المنصوص عليها الخمسة (١) التي ذكرها الخرقى رحمه الله وقد أجمع أهل العلم على أربعة منها وهي : ذو الحليفة والجحفة وقرن ويلم واتفق أئمة النقل على صحة الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فن ذلك ماروى ابن عباس قال : وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم لأهل المدينة ذا الحليفة ولأهل الشام الجحفة ، ولأهل نجد قرن ، ولأهل اليمن يلم . قال « فهن لهن ولهن أقي عليهن من غير أهلن ممن كان يريد الحج والعمرة فن كان دونهن مهله من أهله وكذلك أهل مكة يهلون منها » وعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « يمل أهل المدينة من ذى الحليفة ، وأهل الشام من الجحفة ، وأهل نجد من قرن » قال ابن عمر وذكر لي ولم أسمعه أنه قال وأهل اليمن من يلم متفق عليهما .

فأما ذات عرق فيمقات أهل المشرق في قول أكثر أهل العلم وهو مذهب مالك وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال ابن عبد البر : أجمع أهل العلم على أن إحرام العراق من ذات عرق لإحرام من الميقات ، وروى عن أنس أنه كان يحرم من العقيق ، واستحسنه الشافعي وابن المنذر وابن عبد البر وكان الحسن بن صالح يحرم من الربرة وروى ذلك عن خصيف والقاسم بن عبد الرحمن . وقد روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم وقت لأهل المشرق العقيق ، قال الترمذى وهو حديث حسن . قال ابن عبد البر : العقيق أولى وأحوط من ذات عرق وذات عرق ميقاتهم بإجماع ، واختلاف أهل العلم فيمن وقت ذات عرق فروى أبو داود والنسائي وغيرهما بإسنادهم عن القاسم عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقت لأهل العراق ذات

عرق ، وعن أبي الزبير أنه سمع جابراً مثلاً عن المهمل (١) قال سمعته وأحسبه رفع إلى النبي صلى الله عليه وسلم يقول « مهمل أهل المدينة من ذى الخليفة والطريق الآخر من الجحفة ومهمل أهل العراق من ذات عرق ، ومهمل أهل نجد من قرن » رواه مسلم في صحيحه ، وقال قوم آخرون إنما وقتها عمر رضى الله عنه فروى البخارى بإسناده عن ابن عمر قال : لما فتح هذان المصران أتوا عمر فقالوا يا أمير المؤمنين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حد لأهل نجد قرناً وهو جور (٢) عن طريقنا وإنا إن أردنا قرناً شق عاينا قال فانظروا حدوها من طريقكم لحد لهم ذات عرق . ويجوز أن يكون عمر ومن سألهم لم يعلموا توقيت النبي صلى الله عليه وسلم ذات عرق فقال ذلك برأيه فأصاب ووافق قول النبي صلى الله عليه وسلم فقد كان كثير الإصابة رضى الله عنه ، وإذا ثبت توقيتها عن النبي صلى الله عليه وسلم ومن عمر فالإحرام منه أولى إن شاء الله تعالى .

(فصل) وإذا كان الميقات قرية فانتقلت إلى مكان آخر فوضع الإحرام من الأولى وإن انتقل الاسم إلى الثانية لأن الحكم تعلق بذلك الموضع فلا يزول بخبره وقد رأى سعيد بن جبير رجلاً يريد أن يحرم من ذات عرق فأخذ بيده حتى خرج به من البيوت وقطع الوادى فأتى به المقابر فقال : هذه ذات عرق الأولى .

« مسألة ، قال (وأهل مكة إذا أرادوا العمرة فن الحل وإذا أرادوا الحج فن مكة) .

أهل مكة ومن كان بها سواء كان مقياً بها أو غير مقيم . لأن كل من أتى على ميقات كان مقياً له وكذلك كل من كان بمكة فهو مقياً للحج ، وإن أراد العمرة فن الحل لا نعلم في هذا خلافاً ، ولذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم عبد الرحمن بن أبي بكر أن يعمر عائشة من التنعيم متفق عليه ، وكانت بمكة يومئذ والأصل في هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم « حتى أهل مكة يهلون منها » يعنى

(١) بتشديد اللام : أى موضع الاهلال بالإحرام .

(٢) أى انحراف وميل عنه .

للحج ، وقال أيضاً ، ومن كان أهله دون الميقات فن حيث ينشئ حتى يأتي ذلك على أهل مكة ، وهذا في الحج .

فأما في العمرة فيقياتها في حقهم الحل من أى جوانب الحرم شاء . لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بأعمار عائشة من التنعيم وهو أدنى الحل إلى مكة ، وقال ابن سيرين بلغني أن النبي صلى الله عليه وسلم وقت لأهل مكة التنعيم ، وقال ابن عباس : يا أهل مكة من أتى منكم العمرة فليجعل بينه وبينها بطن محسريغنى إذا أحرم بها من ناحية المزدلفة ، وإنما لزم الإحرام من الحل ليجمع في النسك بين الحل والحرم . فإنه لو أحرم من الحرم لما جمع بينهما فيه . لأن أفعال العمرة كلها في الحرم بخلاف الحج فإنه يفتقر إلى الخروج إلى عرفة فيجتمع له الحل والحرم ، والعمرة بخلاف ذلك ومن أى الحل أحرم جاز ، وإنما أكرم النبي صلى الله عليه وسلم عائشة من التنعيم . لأنها أقرب الحل إلى مكة ، وقد روى عن أحمد في المسكى كلما تباعد في العمرة فهو أعظم للأجر هي على قدر تبعها ، وما إن أراد المسكى الإحرام بالحج فن مكة للخبر الذى ذكرنا ولأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لما فسخوا الحج أمرهم فأحرموا من مكة . قال جابر : أمرنا النبي صلى الله عليه وسلم لما حللنا أن نحرم إذا توجهنا من الأبطح ، رواه مسلم وهذا يدل على أنه لا فرق بين قاطنى مكة وبين غيرهم من هو بها كالمتمتع إذا حل ومن فسخ حجه بها ، ونقل عن أحمد فيمن اعتمر في أشهر الحج من أهل مكة أنه يهل بالحج من الميقات فإن لم يفعل فعليه دم ، والصحيح خلاف هذا لما دلت عليه الأحاديث الصحيحة ويحتمل أن أحمد إنما أراد أن المتمتع يسقط عنه الدم إذا خرج إلى الميقات ولا يسقط إذا أحرم من مكة وهذا في غير المسكى أما المسكى : فلا يجب عليه دم بمكة بحال لقول الله تعالى (٢ : ١٩٦) ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) وذكر القاضى فيمن دخل مكة يحج عن غيره ثم أراد أن يعتمر بعده لنفسه أو دخل يحج لنفسه ثم أراد أن يعتمر لغيره أو دخل بعمره لنفسه ثم أراد أن يحج أو يعتمر لغيره أو دخل بعمره لغيره ثم أراد أن يحج أو يعتمر لنفسه أنه في جميع ذلك يخرج إلى الميقات فيحرم منه فإن لم يفعل فعليه دم ، قال وقد قال أحمد في رواية عبد الله إذا اعتمر عن غيره ثم أراد الحج لنفسه

يخرج إلى الميقات أو اعتمر عن نفسه يخرج إلى الميقات وإن دخل مكة بغير إحرام ثم أراد الحج يخرج إلى الميقات ، واحتيج له القاضي بأنه جاوز الميقات مريداً للنسك غير محرم لنفسه فلم يدم إذا أحرم دونه كمن جاوز الميقات غير محرم ، وعلى هذا لو حج عن شخص واعتمر عن آخر أو اعتمر عن إنسان ثم حج أو اعتمر عن آخر فكذلك وظاهر كلام الحرقى أنه لا يلزمه الخروج إلى الميقات في هذا كله لما ذكرنا من أن كل من كان بمكة كالقاطن بها وهذا حاصل بمكة على وجه مباح فأشبهه المسكى ، وما ذكره القاضي تحكماً لا يدل عليه خبر ولا يشهد له أثر ، وما ذكره من المعنى فاسد لوجوه : (أحدها) أنه لا يلزم أن يكون مريداً للنسك عن نفسه حال بجائزة الميقات فإنه قد يبدو له بعد ذلك (والثاني) أن هذا لا يتناول من أحرم عن غيره (والثالث) أنه لو وجب بهذا الخروج إلى الميقات للزم المتمتع والمفرد لأنهما تجاوزا الميقات مريدين لغير النسك الذي أحرم به (الرابع) أن المعنى في الذي يجاوز الميقات غير محرم أنه فعل ما لا يحل له فعله وترك الإحرام الواجب عليه في موضعه فأحرم من دونه .

(فصل) ومن أى الحرم أحرم بالحج جاز لأن المقصود من الإحرام به الجمع في النسك بين الحل والحرم وهذا يحصل بالإحرام من أى موضع كان فجاز كما يجوز أن يحرم بالعمرة من أى موضع كان من الحل ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه في حجة الوداع : إذا أردتم أن تنطلقوا إلى منى فأهلو من البطحاء ، ولأن ما اعتبر فيه الحرم استوت فيه البلدة وغيرها كالنحر .

(فصل) فإن أحرم من الحل نظرت فإن أحرم من الحل انذى إلى الموقف فعليه دم . لأنه أحرم من دون الميقات ، وإن أحرم من الجانب الآخر ثم سلك الحرم فلا شيء عليه نص عليه أحد في رجل أحرم للحج من التمتع فقال ليس عليه شيء . وذلك . لأنه أحرم قبل ميقاته فساكن كالحرم قبل بقية المواقيت ولو أحرم من الحل ولم يسلك الحرم فعليه دم . لأنه لم يجمع بين الحل والحرم .

(فصل) وإن أحرم بالعمرة من الحرم انعقد إحرامه بها وعليه دم لتركه الإحرام من الميقات ثم أن خرج إلى الحل قبل الطواف ثم عاد أجزاءه لأنه قد جمع

بين الحل والحرم وإن لم يخرج حتى قضى عمرته صح أيضاً لأنه قد أتى بأركانها وإنما أخل بالإحرام من ميقاتها وقد جبره فأشبهه من أحرم من دون الميقات بالحج وهذا قول أبي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي . والقول الثاني: لا تصح عمرته لأنه نسك فمكان من شرطه الجمع بين الحل والحرم كالحج فعلى هذا وجود هذا الطواف كعدمه وهو باق على إحرامه حتى يخرج إلى الحل ثم يطوف بعد ذلك ويسعى وإن حلق قبل ذلك فعليه دم . وكذلك كل ما فعله من محظورات إحرامه فعليه فديته . وإن وطئ أفسد عمرته ويمضى في فاسدها وعليه دم لإفسادها ويقضيها بعمره من الحل ، ثم إن كانت العمرة التي أفسدها عمرة الإسلام أجزأه قضاؤها عن عمرة الإسلام وإلا فلا .

« مسألة ، قال (ومن كان منزله دين الميقات فيقاته من موضعه) .

يعنى إذا كان مسكنه أقرب إلى مكة من الميقات كان ميقاته مسكنه ، هذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول مالك يطاوس والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وعن مجاهد قال يهل من مكة ولا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال في حديث ابن عباس « فمن كان دينه مهله من أهله ، وهذا صريح والعمل به أولى .

(فصل) إذا كان مسكنه قرية . فالأفضل أن يحرم من أبعد جانبها وإن أحرم من أقرب جانبها جاز وهكذا القول في المواقيت التي وقتها رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كانت قرية ، والحلة كالقرية فيما ذكرنا وإن كان مسكنه منفرداً فيقاته مسكنه أو حذوه وكل ميقات لحذوه بمنزلته ، ثم إن كان مسكنه في الحل فأحرامه منه للحج والعمرة معاً ، وإن كان في الحرم فأحرامه للعمرة من الحل ليجمع في النسك بين الحل والحرم كالسكى . وأما الحج فينبغى أن يجوز له لأحرام من أى الحرم شاء كالسكى .

« مسألة ، قال (ومن لم يكن طريقه على ميقات فإذا غاضى أقرب المواقيت إليه أحرم) .

وجملة ذلك أن من سلك طريقاً بين ميقتين فإنه يجتهد حتى يكون لإحرامه بحذو

المبقات الذي هو إلى طريقه أقرب لما روينا أن أهل العراق قالوا لعمر إن قرنا جور عن طريقنا فقال : انظروا حذوها من طريقكم فوقت لهم ذات عرق ، ولأن هذا مما يعرف بالاجتهاد والتقدير فإذا اشتبه دخله الاجتهاد كالتبلة .

(فصل) فإن لم يعرف حذر المبقات المقارب لطريقه احتاط فأحرم من بعد بحيث يتيقن أنه لم يجاوز المبقات إلا محملاً لأن الاحرام قبل المبقات جائز وتأخيرها عنه لا يجوز فالاحتياط فعل ما لا شك فيه ، ولا يلزمه الاحرام حتى يعلم أنه قد حاذاه لأن الأصل عدم وجوبه فلا يجب بالشك فإن أحرم ثم علم بعد أنه قد جاوز ما يحاذيه من المواقيت غير محرم فعليه دم وإن شك في أقرب الميقاتين إليه فالحكم في ذلك على ما ذكرنا في المسألة قبلها ، وإن كانتا متساويتين في القرب إليه أحرم من حذر أبيهما .

و مسألة ، قال (وهذه المواقيت لأهلها ولن مر عليها من غير أهلها ممن أراد حجاً أو عمرة) .

وجملة ذلك أن من سلك طريقاً فيها ميقات فهو ميقاته فإذا حج الشامى من المدينة فر بنى الحليفة فهي ميقاته ، وإن حج من اليمن فميقاته يلزم ، وإن حج من العراق فميقاته ذات عرق وهكذا كل من مر على ميقات غير ميقات بلده صار ميقاتاً له ، سئل أحمد عن الشامى يمر بالمدينة يريد الحج من أين يهل ؟ قال من ذى الحليفة قيل : فإن بعض الناس يقول يهل من ميقاته من الجحفة فقال سبحانه الله أليس يروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم ، من هن وإن أتى عليهن من غير أهلهن ، وهذا قول الشافعي وإسحاق وقال أبو ثور في الشامى يمر بالمدينة له أن يحرم من الجحفة وهو قول أصحاب الرأي وكانت عائشة إذا أرادت الحج أحرمت من ذى الحليفة ، وإذا أرادت العمرة أحرمت من الجحفة ، ولعلمهم يحتجون بأن النبي صلى الله عليه وسلم وقت لأهل الشام الجحفة .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « فمن هن وإن أتى عليهن من غير أهلهن ، ولأنه ميقات فلم يجز تجاوزه بغير إحرام لمن يريد النسك كسائر المواقيت ، وخبرهم أريد به من لم يمر على ميقات آخر بدليل ما لو مر بميقات غير ذى الحليفة لم يجز له

تجاوزته بغير إحرام بغير خلاف . وقد روى سعيد عن سفیان عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقت لمن ساحل من أهل الشام الجحفة ولا فرق بين الحج والعمرة في هذا لقول النبي صلى الله عليه وسلم « فمن لمن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن كان يريد حجاً أو عمرة » .

(فصل) فإن مر من غير طريق ذى الحليفة فميقاته الجحفة سواء كان شامياً أو مدنياً لما روى أبو الزبير أنه سمع جابراً يسأل عن المهل فقال سمعته — أحسبه رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم يقول « مهل أهل المدينة من ذى الحليفة والطريق الآخر من الجحفة ، رواه مسلم ولأنه مر على أحد المواقيت دون غيره فلم يلزمه الإحرام قبله كسائر المواقيت ويحتمل أن أبا قتادة حين أحرم أصحابه دونه في قصة صيده للحجار الوحشى إنما ترك الإحرام لكونه لم يمر على ذى الحليفة فأخر لإحرامه إلى الجحفة إذ لو مر عليها لم يجوز له تجاوزها من غير إحرام . ويمكن حمل حديث عائشة في تأخيرها لإحرام العمرة إلى الجحفة على هذا ، وأنها لا تمر في طريقها على ذى الحليفة لئلا يكون فعلها مخالفاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولسائر أهل العلم .

« مسألة » قال (والاختيار أن لا يحرم قبل ميقاته ، فإن فعل فهو محرم) .

لا خلاف في أن من أحرم قبل الميقات يصير محرماً تثبت في حقه أحكام الإحرام قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن من أحرم قبل الميقات أنه محرم ولكن الأفضل الإحرام من الميقات ويكره قبله . روى نحر ذلك عن عمر وعثمان وبه قال الحسن وعطاء ومالك وإسحاق وقال أبو حنيفة : الأفضل الإحرام من بلده وعن الشافعى كالمنهيين وكان علقمة والأود وعبد الرحمن وأبو إسحاق يحرمون من بيوتهم . واحتجوا بما روت أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من أهل بحجة أو عمرة من المسجد الأقصى إلى المسجد الحرام غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، وأوجب له الجنة » شك عبد الله أيهما قال . رواه أبو داود . وفى لفظ رواه ابن ماجه « من أهل بعمرة من بيت المقدس غفر له » وأحرم ابن عمر من إيليا . وروى النسائي وأبو داود

باسناديهما عن الضبي بن معبد قال « أهلك بالحج والعمرة فلما أتيت الدذيب لعنني سليمان بن ربيعة وزيد بن صوحان وأنا أهل بهما فقال أحدهما : ما هذا بأفقه من بعيره فأتيت عمر فذكرت له ذلك . فقال . هديت لسنة نبك صلى الله عليه وسلم ، وهذا لإحرام به قبل الميقات وروى عن عمر وعلى رضي الله عنهما في قوله تعالى (٢ : ١٩٦) وأتموا الحج والعمرة لله) لإتمامهما أن تحرم بهما من ديرة أهلك .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه أحرموا من الميقات ولا يفعلون إلا الأفضل ، فإن قيل إنما فعل هذا لتبيين الجواز ، قلنا قد حصل بيان الجواز بقوله كما في سائر المواقيت ، ثم لو كان كذلك لكان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وخلفاؤه يحرمون من بيوتهم ولما تواطؤا على ترك الأفضل واختيار الأدنى ، وهم أهل التقوى والفضل وأفضل الخلق ولهم من الحرص على الفضائل والدرجات ما لهم ، وقد روى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن أبي أيوب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يستمتع أحدكم بحله ما استطاع فإنه لا يدري ما يعرض له في إحرامه » وروى الحسن « أن عمران بن حصين أحرم من مصره فبلغ ذلك عمر فغضب وقال يتسامع الناس أن رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أحرم من مصره » وقال « إن عبد الله بن عامر أحرم من خراسان فلما قدم على عثمان لاء ، فيما صنع وكرهه له ، رواهما سعيد والاثرم قال البخاري « كره عثمان أن يحرم من خراسان أو كرمان ، ولأنه أحرم قبل الميقات ففكرة كالأحرام بالحج قبل أشهره ، ولأنه تغير بالأحرام وتعرض لفعل محظوراته وفيه مشقة على النفس ففكره كالوصال في الصوم قال عطاء أنظروا هذه المواقيت التي وقتت لكم تخذوا برخصة الله فيها فإنه عسى أن يصيب أحدكم ذنبا في إحرامه فيسكن أعظم لوزره فإن الذنب في الإحرام أعظم من ذلك . فأما حديث الإحرام من بيت المقدس ففيه ضعف يرويه ابن أبي فديك ومحمد بن اسحاق وفيهما مقال ويحتمل اختصاص هذا بيت المقدس دون غيره ليجمع بين الصلاة في المسجدين في إحرام واحد ولذلك أحرم ابن عمر منه ولم يكن يحرم من غيره إلا من الميقات ، وقول عمر للضبي « هديت لسنة نبك » . يعني في القرآن فالجمع بين الحج والعمرة لا في الإحرام من قبل الميقات فإن سنة النبي صلى الله عليه وسلم

الإحرام من الميقات . بين ذلك بفعله وقوله ، وقد بين أنه لم يرد ذلك إنكاره على عمران ابن حصين لإحرامه من مصره ، وأما قول عمر وعلى فإنهما قالاً : لإتمام العمرة أن تفشها من بلدك ، ومعناه أن تفشي لها سفراً من بلدك تقصد له ، ليس أن تحرم بها من أهلك . قال أحمد كان سفيان يفسره بهذا وكذلك فسر به أحمد . ولا يصح أن يفسر بنفس الإحرام فإن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ما أحرموا بها من بيوتهم وقد أمرهم الله بإتمام العمرة ، فلو حمل قولهم على ذلك لكان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه تاركين لأمر الله . ثم إن عمر وعلياً ما كانا يحرمان إلا من الميقات ، أفترأهما يريان أن ذلك ليس بإتمام لها ويفعلانه ؟ هذا لا يبغي أن يتوهمه أحد ولذلك أنكر عمر على عمران إحرامه من مصره واشتد عليه وكره أن يتسامع الناس بخافة أن يؤخذ به ، أفترأه كره لإتمام العمرة واشتد عليه أن يأخذ الناس بالأفضل ؟ هذا لا يجوز ، فيتعين حمل قولهما في ذلك على ما حمله عليه الأئمة والله أعلم .

• مسألة ، قال (ومن أراد الإحرام لجاوز الميقات غير محرم رجع فأحرم من الميقات فإن أحرم من مكانه فعليه دم ، وإن رجع محرماً إلى الميقات) .

وجملة ذلك : أن من جاوز الميقات مريداً للنسك غير محرم فعليه أن يرجع إليه ليحرم منه إن أمكنه سواء تجاوزه ، علماً به أو جاهلاً ، علم تحریم ذلك أو جهله فإن رجع إليه فأحرم منه فلا شيء عليه . لا نعلم في ذلك خلافاً . وبه يقول جابر بن زيد والحسن وسعيد بن جبیر والثوري والشافعي وغيرهم لأنه أحرم من الميقات الذي أمر بالإحرام منه فلم يلزمه شيء . كما لو لم يتجاوزه وإن أحرم من دون الميقات فعليه دم سواء رجع إلى الميقات أو لم يرجع . وبهذا قال مالك ، وابن المبارك وظاهر مذهب الشافعي : أنه إن رجع إلى الميقات فلا شيء عليه إلا أن يكون قد تلبس بشيء من أفعال الحج كالوقوف وطواف القدوم فيستقر الدم عليه لأنه حصل محرماً في الميقات قبل التلبس بأفعال الحج فلم يلزمه دم كما لو أحرم منه وعن أبي حنيفة : إن رجع إلى الميقات فلي سقط عنه الدم وإن لم يلب لم يسقط ، وعن عطاء والحسن والنخعي : لا شيء على من ترك الميقات ، وعن سعيد بن جبیر لا حج لمن ترك الميقات .

ولنا : ما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من ترك نسكا فعليه دم ، روى موقوفاً ومرفوعاً ، ولأنه أحرم دون ميقاته فاستقر عليه الدم كما لو لم يرجع أو كما لو طاف عند الشافعي أو كما لو لم يلب عند أبي حنيفة ولأنه ترك الإحرام من ميقاته فلزمه الدم كما ذكرنا ولأن الدم وجب لتركه الإحرام من الميقات ولا يزول هذا برجوعه ولا بتلبيته ، وفارق ما إذا رجع قبل إحرامه فأحرم منه فإنه لم يترك الإحرام منه ولم يمتسكه .

(فصل) ولو أفسد المحرم من دون الميقات حجه لم يسقط عنه الدم وبه قال الشافعي وإسحق وأبو ثور وابن المنذر . وقال الثوري وأصحاب الرأي يسقط لأن القضاء واجب .

ولنا : أنه واجب عليه بموجب هذا الإحرام فلم يسقط بوجوب القضاء كبقية المناسك وكجزاء الصيد .

(فصل) فأما المجاوز للميقات من لا يريد التمسك فعلى قسمين : أحدهما : لا يريد دخول الحرم بل يريد حاجة فيما سواه فهذا لا يلزمه الإحرام بغير خلاف ولا شيء عليه في ترك الإحرام وقد أتى النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه بدرًا مرتين وكانوا يسافرون للجهاد وغيره فيمرون بذي الحليفة فلا يحرمون ولا يرون بذلك بأساً ثم متى بدا لهذا الإحرام وتجدد له العزم عليه أحرم من موضعه ولا شيء عليه ، هذا ظاهر كلام الحنفي وبه يقول مالك والثوري والشافعي وصاحب أبي حنيفة وحكي ابن المنذر عن أحمد في الرجل يخرج لحاجة وهو لا يريد الحج فجاوز ذا الحليفة ثم أراد الحج يرجع إلى ذي الحليفة فيحرم ، وبه قال إسحق ولأنه أحرم من دون الميقات فلزمه الدم كالذي يريد دخول الحرم والاول أصح ، وكلام أحمد يحمل على من يجاوز الميقات من يجب عليه الإحرام لقول النبي صلى الله عليه وسلم « فحين هن ولن أتى عليهن من غير أهلهن من كان يريد حجاً أو عمرة » ، ولأنه حصل دون الميقات على وجه مباح فكان له الإحرام منه كأهل ذلك المسكن . ولأن هذا القول يفضي إلى أن من كان منزله دون الميقات إذا خرج إلى الميقات ثم عاد إلى منزله وأراد الإحرام لزمه الخروج إلى الميقات ولا قائل به . وهو مخالف لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « ومن كان منزله دون الميقات فله من أهله » .

(القسم الثاني) من يريد دخول الحرم إما إلى مكة أو غيرها فهم على ثلاثة أضرب أحدهما من يدخلها لقتال مباح أو من خوف أو لحاجة متكررة كالخشاش والحطاب وناقل المبره والفيح ومن كانت له ضيقة يتكرر دخوله وخروجه إليها فهو لاء لا إحرام عليهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم دخل يوم الفتح مكة حللاً وعلى رأسه المغفر ، وكذلك أصحابه ولم نعلم أحدا منهم أحرم يومئذ ، ولو أوجبنا الإحرام على كل من يتكرر دخوله أفضى إلى أن يكون جميع زمانه محرماً فسقط للخرج وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز لأحد دخول الحرم بغير إحرام إلا من كان دون الميقات ، لأنه يجاوز الميقات مبرداً للحرم فلم يحرم بغير إحرام كغيره .

ولنا : ما ذكرناه وقد روى الترمذي « أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل يوم الفتح مكة وعلى رأسه عمامة سوداء » وقال هذا حديث حسن صحيح . ومتى أراد هذا النسك بعد مجاوزة الميقات أحرم من موضعه كالقسم الذي قبله . وفيه من الخلاف ما فيه .

(النوع الثاني) من لا يكاف الحج كالعبد والصبي والكافر إذا أسلم بعد مجاوزة الميقات أو عتق العبد وبلغ الصبي وأرادوا الإحرام فانهم يحرمون من موضعهم ولا دم عليهم ، وبهذا قال عطاء ومالك والثوري والأوزاعي وإسحق وهو قول أصحاب الرأي في الكافر يسلم والصبي يبلغ . وقالوا في العبد عليه دم . وقال الشافعي في جميعهم على كل واحد منهم دم . وعن أحمد في الكافر يسلم كقوله ويتخرج في الصبي والعبد كذلك ، قياساً على الكافر يسلم ، لأنهم تجاوزوا الميقات بغير إحرام وأحرموا دونه ، فليزهم الدم كالمسلم البالغ العاقل .

ولنا : لأنهم أحرموا من الموضع الذي وجب عليهم الإحرام منه فأشبهوا المسكي ومن قرينه دون الميقات إذا أحرم منها . وفارق من يجب عليه الإحرام إذا تركه . لأنه ترك الواجب عليه .

(النوع الثالث) المكاف الذي يدخل لغير قتال ولا حاجة متكررة فلا يجوز له تجاوز الميقات غير محرم وبه قال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم

لا يجب الإحرام عليه وعن أحمد ما يدل على ذلك وقد روى عن ابن عمر أنه دخلها بغير إحرام ولأنه أحد الحرمين فلم يلزم الإحرام لدخونه كحرم المدينة ولأن الوجوب من الشرع ولم يرد من الشارع إيجاب ذلك على كل داخل فبقى على الأصل ، ووجه الأولى أنه لو نذر دخولها لزمه الإحرام ولو لم يكن واجبا لم يجب بنذر الدخول كسائر البلدان .

إذا ثبت هذا : فتنى أراد هذا الإحرام بعد تجاوز الميقات رجوع فأحرم منه فإن أحرم من دونه فعليه دم كالريد للنسك .

(فصل) ومن دخل الحرم بغير إحرام من يجب عليه الإحرام فلا قضاء عليه وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة يجب عليه أن يأتي بحجة أو عمرة فإن أتى بحجة الإسلام في سنته أو مندورة أو عمرة أجزأته عن عمرة الدخول استحسانا لأن مروره على الميقات مریدا للحرم يوجب الإحرام ، فإذا لم يأت به وجب قضاؤه كالنذور .

ولنا : أنه مشروع لتحية البقعة فإذا لم يأت به سقط كتحية المسجد ، فإن قيل تحية المسجد غير واجبة قلنا إلا أن الثوافل المرتبات تقضى وإنما سقط القضاء لما ذكرنا فأما إن تجاوز الميقات ورجع ولم يدخل الحرم فلا قضاء عليه بغير خلاف فعله سواء أراد النسك أو لم يرد ،

(فصل) ومن كان منزله دون الميقات خارجا من الحرم لحكمه في مجاوزة قريته إلى ما يلي الحرم حكم المجاوز للميقات في هذه الأحوال الثلاث . لأن موضعه ميقاته ، فهو في حقه كالواقيت الخمسة في حق الآفاق .

و مسألة ، قال (ومن جاوز الميقات غير محرم تخشى إن رجع إلى الميقات فاته الحج ، أحرم من مكانه وعليه دم)

لا خلاف في أن من تخشى فوات الحج برجوعه إلى الميقات أنه يحرم من موضعه فيما فعله ، إلا أنه روى عن سعيد بن جبير من ترك الميقات فلا حج له ، وما عليه الجمهور أولى . فإنه لو كان من أركان الحج لم يختلف باختلاف الناس

والأماكن كالوقوف والطواف . وإذا أحرم من دون الميقات عند خوف القوات فعليه دم . لا تعلم فيه خلافاً عند من أوجب الإحرام من الميقات لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ترك نسكا فعليه دم » وإنما أبجنا له الإحرام من موضعه مراعاة لإدراك الحج فإن مراعاة ذلك أولى من مراعاة واجب فيه مع فواته . ومن لم يمكنه الرجوع لعدم الرفقة أو الخوف من عدو أو لص أو مرض أو لا يعرف الطريق ونحو هذا مما يمنع الرجوع فهو تكاتف القوات في أنه يحرم من موضعه وعليه دم .

باب ذكر الإحرام

« مسألة ، قال أبو القاسم (ومن أراد الحج وقد دخل أشهر الحج فإذا بلغ الميقات فالاختيار له أن يغتسل) ،

قوله « وقد دخل أشهر الحج » يدل على أنه لا ينبغي أن يحرم بالحج قبل أشهره وهذا هو الأولى فإن الإحرام بالحج قبل أشهره مكروه لكونه إحراماً به قبل وقته فأشبهه الإحرام به قبل ميقاته ولأن في صحته اختلافاً فإن أحرم به قبل أشهره صح وإذا بقي على إحرامه إلى وقت الحج جاز نص عليه أحمد وهو قول النخعي ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق . وقال عطاء وطاوس وبجاءد والشافعي : يجعله عمرة لقول الله تعالى (الحج أشهر معلومات) تقديره وقت الحج أشهر ، أو أشهر الحج أشهر معلومات ، فحذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه ، ومتى ثبت أنه وقته لم يحرم تقديم إحرامه عليه كأوقات الصلوات .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ١٨٩) يسألونك عن الأهلة ؟ قل هي موافيت للناس والحج) فدل على أن جميع الأشهر ميقات (١) ولأنه أحد نسكي القرآن لجاز الإحرام

(١) هذا ضعيف جداً ، ولو صح لجاز صيام رمضان في شهر آخر فإن قوله تعالى (الحج أشهر معلومات) لا يختلف عن تعيين شهر رمضان باسمه . فإن قوله (معلومات) كنسبتيها سواء .

به في جميع السنة كالعمرة ، أو أحد الميعاتين فصح الإحرام قبله كميقات المسكان .
والآية محمولة على أن الإحرام به إنما يستحب فيها .

وعلى كل حال فن أراد الإحرام استحب له أن يغتسل قبله في قول أكثر أهل العلم منهم طائوس والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . لما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه : أنه رأى النبي صلى الله عليه وسلم تجرد لإهلاله واغتسل ، رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم : أمر أسماء بنت عميس وهي نفساء أن تغتسل عند الإحرام ، وأمر عائشة أن تغتسل عند الإهلال بالحج وهي حائض ، ولأن هذه العبادة يجتمع لها الناس فسن لها الاغتسال كالجمعة وليس ذلك واجباً في قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الإحرام جائز بغير اغتسال وأنه غير واجب وحكي عن الحسن أنه قال . إذا نسي الغسل أن يغتسل إذا ذكر . وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله قيل له عن بعض أهل المدينة من ترك الغسل عند الإحرام فعليه دم لقول النبي صلى الله عليه وسلم لأسماء وهي نفساء : اغتسل ، فكيف الطاهر ؟ فأظهر التعجب من هذا القول ، وكان ابن عمر يغتسل أحياناً ويتوضأ أحياناً . وأى ذلك فعل أجزاءه ، ولا يجب الاغتسال ولا نقل الأمر به إلا لحائض أو نفساء . ولو كان واجباً لأمر به غيرهما ولأنه لأمر مستقبل . فأشبهه غسل الجمعة .

(فصل) فإن لم يجد ماء لم يسن له التيمم . وقال القاضي : يتيمم . لأنه غسل مشروع ، فناب عنه التيمم كالواجب .

ولنا : أنه غسل مسنون فلم يستحب التيمم عند عدمه كفصل الجمعة وما ذكره منتقض بفصل الجمعة ونحوه من الاغتسال المسنونة والفرق بين الواجب والمسنون أن الواجب يراد لإباحة الصلاة والتيمم يقوم مقامه في ذلك والمسنون يراد للتنظيف وقطع الرائحة والتيمم لا يحصل هذا بل يزيد شعشعاً وتغيراً ، ولذلك اقتصروا في الطهارة الصغرى فلم يشرع تجديد التيمم ولا تكرار المسح به :

(فصل) ويستحب التنظف بإزالة الشعث وقطع الرائحة وتنف الأبط وقص الشارب وقلم الأظفار وحلق العانة لأنه أمر يسن له الاغتسال والطيب فسن له هذا

كالجمعة . ولأن الإحرام يمنع قطع الشعر وقلم الأظفار فاستحب فعله قبله لئلا يحتاج إليه في إحرامه . فلا يتمكن منه .

« مسألة » قال (ويلبس ثوبين نظيفين)

يعنى : إزاراً ورداءً فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « وليحرم أحدكم في إزار ورداء ونعلين » قال ابن المنذر : ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وثبت أيضاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا لم يجد إزاراً فليلبس السراويل وإذا لم يجد النعلين فليلبس الخفين » ولأن المحرم ممنوع من لبس الخيط فى شيء من بدنه يعنى بذلك ما يغاط على قدر الملبوس عليه . كالقميص والسراويل . ولو لبس إزاراً موصلاً أو اتشح بشوب خيط جاز . ويستحب أن يكونا نظيفين إما جديدين ، وإما غسيلين لأننا أحببنا له التنظف فى بدنه فكذلك فى ثيابه كشاهد الجمعة والأولى أن يكونا أبيضين ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « خير ثيابكم البيضاء فألبسوها أحياكم وكفنوا فيها موتاكم » (١)

« مسألة » قال (ويتطيب)

وجملة ذلك : أنه يستحب لمن أراد الإحرام أن يتطيب فى بدنه خاصة ولا فرق بين ما يبقى عينه كالسلك والغالية أو أثره كالعود والبخور وماء الود . هذا قول ابن عباس وابن الزبير وسعد بن أبى وقاص وعائشة وأم حبيبة ومعاوية وروى عن محمد بن الحنفية وأبى سعيد الخدرى وعروة والقاسم والشعبى وابن جريج وكان عطاء يكره ذلك وهو قول مالك وروى ذلك عن عمرو وعثمان وابن عمر رضى الله عنهم واحتج مالك بما روى يعلى بن أمية أن رجلاً أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله : كيف ترى فى رجل أحرم بعمره وهو متضمخ بطيب ؟ فسكت النبى صلى الله عليه وسلم يعنى ساعة ثم قال « اغسل الطيب الذى بك » - ثلاث

(١) عزاه فى الجامع الصغير إلى الدارقطنى فى إفراده عن أنس وحسنه . وعزا

أنعوه إلى ابن ماجه والطبرانى والحاكم عن ابن عباس مع زيادة فى كل الأئمة وصححه

مزات — وانزع عنك الجبة واصنع في عمرتك ما تصنع في حجتك ، متفق عليه .
ولأنه يمنع من ابتدائه فنع استدامته كاللبس .

ولنا : قول عائشة د كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت قالت : وكأنى أنظر إلى ويص الطيب في مفارق رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محرم ، متفق عليه وفي لفظ لمسلم د طيبه بأطيب الطيب وقالت يطيب فيه مسك - وفي لفظ للنسائي — كبأنى أنظر إلى ويص طيب المسك في مفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم وحديثهم في بعض ألفاظه عليه حجة بها أثر خلوق ، رواه مسلم وفي بعضها وهو متضمن بالخلوق وفي بعضها عليه ردع من زعفران وهذه الألفاظ تدل على أن طيب الرجل كان من الزعفران وهو منتهى عنه للرجال في غير الإحرام ففيه أولى وقد روى البخارى د أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يتزعفر الرجل ، ولأن حديثهم في سنة ثمان ، وحديثنا في سنة عشر ، قال ابن جرير كان شأن صاحب الجبة قبل حجة الوداع قال ابن عبد البر : لا خلاف بين جماعة أهل العلم بالسيرة والآثار أن قصة صاحب الجبة كانت عام حنين بالجرعانة سنة ثمان ، وحديث عائشة في حجة الوداع سنة عشر ، فعند ذلك إن قدر التعارض لحديثنا فاسخ لحديثهم فإن قيل فقد روى محمد بن المنتشر قال سمعت ابن عمر ينهى عن الطيب عند الإحرام . فقال : لأن أظلي بالقطران أحب إلى من ذلك قلنا تمام الحديث قال فدكرت ذلك لعائشة فقالت يرحم الله أبا عبد الرحمن قد كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيطوف في نسائه ثم يصبح ينضح طيباً فإذا صار الخبر حجة على من احتج به فإن فعل النبي صلى الله عليه وسلم حجة على ابن عمر وغيره وقيامهم يبطل بالنسكاح فإنه يمنع ابتداءه دون استدامته .

(فصل) وإن طيب ثوبه فله استدامة لبسه ما لم ينزعه . فإن نزعه لم يكن له أن يلبسه ، فإن لبسه افتدى ، لأن الإحرام يمنع ابتداء الطيب ولبس المطيب دون الاستدامة وكذلك إن نقل الطيب من موضع من بدنه إلى موضع آخر اقتضى لأنه تطيب في إحرامه وكذا إن عمد مسه بيده أو نحاه من موضعه ثم رده إليه فأما إن عرق الطيب أو ذاب بالشمس فسال من موضعه إلى موضع آخر فلا شيء عليه لأنه ليس من فعله فجرى مجرى النامى قالت عائشة د كنا نخرج مع

النبي صلى الله عليه وسلم إلى مكة فتضمد جباهنا بالمسك المطيب عند الإحرام فإذا عرفت إحدانا سال على وجهها فإراها النبي صلى الله عليه وسلم فلا ينهاها ، رواه أبو داود .

« مسألة ، قال (فإن حضر وقت صلاة مكتوبة وإلا صلى ركعتين)

المستحب أن يحرم عقيب الصلاة فإن حضرت صلاة مكتوبة أجزم عقيها وإلا صلى ركعتين تطوعاً وأحرم عقيهما . استحب ذلك عطاء وطاوس ومالك والشافعي والثوري وأبو حنيفة وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وروى ذلك عن ابن عمر وابن عباس . وقد روى عن أحمد : أن الإحرام عقيب الصلاة وإذا استوت به راحلته وإذا بدأ بالسير سواء ، لأن الجميع قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من طرق صحيحة قال الأثرم سألت أبا عبد الله أيما أحب إليك للإحرام في دبر الصلاة أو إذا استوت به راحلته ؟ فقال : كل ذلك فد جاء في دبر الصلاة وإذا علا البيداء وإذا استوت به ناقته ، فوسع في ذلك كله قال ابن عباس « ركب النبي صلى الله عليه وسلم راحلته حتى استوت على البيداء أهل هو وأصحابه وقال أنس : لما ركب راحلته واستوت به أهل وقال ابن عمر : أهل النبي صلى الله عليه وسلم حين استوت به راحلته قائمة » رواه البخاري والأولى الإحرام عقيب الصلاة لما روى سعيد بن جبير قال : ذكرت لابن عباس إلهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الإحرام حين فرغ من صلاته ثم خرج فلما ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم راحلته واستوت به قائمة أهل فأدرك ذلك منه قوم فقالوا أهل حين استوت به الراحلة وذلك أنهم لم يدركوا إلا ذلك ثم سار حتى علا البيداء فأهل فأدرك ذلك منه قوم فقالوا أهل حين علا البيداء ، رواه أبو داود والأثرم وهذا لفظ الأثرم وهذا فيه بيان وزيادة علم فيتمين حمل الأمر عليه ولو لم يقام ابن عباس لتعين حمل الأمر عليه جمعاً بين الأخبار المختلفة ، وهذا على سبيل الاستحباب وكيف ما أحرم جاز لا نعلم أحداً خالف في ذلك .

« مسألة ، قال (فان أراد التمتع وهو اختيار أبي عبد الله فيقول : اللهم إني أريد العمرة)

وجملة ذلك أن الإحرام يقع بالنسك من وجوه ثلاثة : تمتع وافراد وقران فالتمتع أن يهل بعمرة مفردة من الميقات في أشهر الحج . فإذا فرغ منها أحرم بالحج من عامه والإفراد أن يهل بالحج مفرداً ، والقران أن يجمع بينهما في الإحرام بهما أو يحرم بالعمرة ثم يدخل عليها الحج قبل الطواف فأى ذلك أحرم به جاز قالت عائشة « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنا من أهل بعمرة ، ومنا من أهل بحج وعمرة ، ومنا من أهل بحج ، متفق عليه فهذا هو التمتع والإفراد والقران وأجمع أهل العلم على جواز الإحرام بأى الأنساك الثلاثة شاء ، واختلفوا في أفضلها فاختار إمامنا التمتع ثم الأفراد ثم القران . ومن روى عنه اختيار التمتع ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وعائشة والحسن وعطاء وطلوس ومجاهد وجابر بن زيد والقاسم وسالم وعكرمة وهو أحد قول الشافعى . وروى المروذى عن أحمد إن ساق الهدى فالقران أفضل وإن لم يسقه فالتمتع أفضل . لأن النبى صلى الله عليه وسلم قرن حين ساق الهدى ونسح كل من ساق الهدى من الحج حتى ينحر ، هديه وإليه ذهب الثورى وأصحاب الرأى إلى اختيار القران لما روى أنس قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل بهما جميعاً لبيك عمرة وحجاً لبيك عمرة وحجاً ، متفق عليه وحديث الضبى بن معبد حين لبى بهما ثم أتى عمر فسأله فقال هديت لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم وروى عن مروان بن الحكم قال « كنت جالساً عند عثمان بن عفان فسمع علياً يلبي بعمرة وحج فأرسل إليه فقال : ألم تكن نهيتنا عن هذا قال بلى ولكن سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبي بهما جميعاً فلم أكن أدع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لقولك ، رواه سعيد ولأن القران مبادرة إلى فعل العبادة وإحرام بالفسكين من الميقات وفيه زيادة نسك هو الدم فكان أولى . وذهب مالك وأبو ثور إلى اختيار الأفراد وهو ظاهر مذهب الشافعى . وروى ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر وجابر وعائشة لما روت عائشة وجابر أن النبى صلى الله عليه وسلم أفرد الحج متفق عليهما وعن ابن عمر وابن عباس مثل ذلك متفق عليهما ولأنه يأتى بالحج تاماً

من غير احتياج إلى جبر فكان أولى . قال عثمان : ألا إن الحج التام من أهليكم
والعمرة التامة من أهليكم وقال إبراهيم : إن أبابكر وعمر وابن مسعود وعائشة
كانوا يجردون الحج .

ولنا : ما روى ابن عباس وجابر وأبو موسى وعائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم
أمر أصحابه لما ظافوا بالبيت أن يحلوا ويحلوها عمرة فنقلهم من الأفراد والقران إلى
للمتعة ولا ينقلهم إلا إلى الأفضل وهذه الأحاديث متفق عليها ولم يختلف عن النبي
صلى الله عليه وسلم أنه لما قدم مكة أمر أصحابه أن يحلوا إلا من ساق هدبا، وثبت
نحلي لإحرامه وقال « لو استقبلت من أمري ما استدبرت ما سقت الهدى ولجعلتها
عمرة » قال جابر حججنا مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم ساق البدن معه وقد أهلوا
بالحج مفردا فقال لهم « حلوا من إحرامكم بطواف بالبيت وبين الصفا والمروة ثم
أقيموا حلالا حتى إذا كان يوم التروية فأهلوا بالحج واجعلوا التي قدمتم بها متعة »
فقالوا كيف نجعلها متعة وقد سميناه الحج ؟ فقال « افعلوا ما أمرتكم به فلو أني
سقت الهدى لفعلت مثل الذي أمرتكم به » وفي لفظ فقام رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال « قد علمت أني أتاكم لله وأصدقكم وأبركم ولولا هدي لحلت كما تحلون
ولو استقبلت من أمري ما استدبرت ما أهديت » فحللنا وسمعنا وأطعنا متفق عليهما
فنقلهم إلى التمتع وتأسف إذ لم يمكنه ذلك فدل على فضله ، ولأن التمتع منصوص
عليه في كتاب الله تعالى بقوله (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج) دون سائر الإنسك ،
ولأن المتمتع يجتمع له الحج والعمرة في أشهر الحج مع كمالها وكال أفعالها على وجه
اليسر والسهولة مع زيادة نسك فكان ذلك أولى فأما القران فإنما يؤتى فيه بأفعال
الحج وتدخل أفعال العمرة فيه ، والمفرد فإنما يأتي بالحج وحده وإن اعتمر بعده من
التنعيم فقد اختلف في إجزائها عن عمرة الإسلام وكذلك اختلف في إجزاء عمرة
القران ولا خلاف في إجزاء التمتع عن الحج والعمرة جميعا فكان أولى فأما حججهم
فإنما احتجوا بفعل النبي صلى الله عليه وسلم والجواب عنها من أوجه (الأول)
لأننا نمنع أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم محرما بغير التمتع ولا يصح الاحتجاج
بأحاديثهم لأمور (أحدها) أن رواة أحاديثهم قد رووا أن النبي صلى الله عليه وسلم

تمتع بالعمرة إلى الحج روى ذلك ابن عمر وجابر وعائشة من طرق صحاح فسقط الاحتجاج بها (الثاني) أن روايتهم اختلفت فروا مدة أنه أفرد، ومرة أنه تمتع، ومرة أنه قرن والقضية واحدة ولا يمكن الجمع بينهما فيجب إطراحها كلها، وأحاديث القرآن أصحها حديث أنس وقد أنكره ابن عمر فقال: «يرحم الله أنسا ذهل أنس»، متفق عليه وفي رواية «كان أنس يتوج على النساء»، يعني أنه كان صغيراً وحديث على رواه حفص ابن أبي داود وهو ضعيف عن ابن أبي ليلى وهو كبير الهم قاله الدارقطني (الثالث) أن أكثر الروايات أن النبي صلى الله عليه وسلم كان متمتعاً وروى ذلك عمر وعلي وعثمان وسعد بن أبي وقاص وابن عباس وابن عمر ومعاوية وأبو موسى وجابر وعائشة وحفصة بأحاديث صحيحة، وإنما منعه من الحل الهدى الذي كان معه ففي حديث عمر أنه قال: «لاني لا أنها كم عن المتعة وأنها في كتاب الله ولقد صنعها رسول الله صلى الله عليه وسلم. يعني العمرة في الحج وفي حديث على أنه اختلف هو وعثمان في المتعة بعسفان فقال على ما تريد إلى أمر فله رسول الله صلى الله عليه وسلم انتهى عنه، متفق عليه وللأساق وقال على لعثمان ألم تسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم تمتع؟ قال بلى وعن ابن عمر قال تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع بالعمرة إلى الحج وعنه أن حفصة قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما شأن الناس حلوا ولم تحلل أنت من عمرتك؟ فقال «لاني لبدت رأسي وقلدت هدي فلا أحل حتى أنحر متفق عليهما وقال سعد صنعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وصنعناها معه وهذه الأحاديث راجعة لأن روايتها أكثر وأعلم بالنبي صلى الله عليه وسلم. ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر بالمتعة عن نفسه في حديث حفصة فلا تعارض بظن غيره، ولأن عائشة كانت متمتعة بغير خلاف وهي مع النبي صلى الله عليه وسلم ولا تحرم إلا بأمره ولم يكن ليأمرها بأمر ثم يخالف إلى غيره، ولأنه يمكن الجمع بين الأحاديث بأن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أحرم بالعمرة ثم يحل منها لأجل هديه حتى أحرم بالحج فصار قارناً وسماه من سماء مفرداً. لانه اشتغل بأفعال الحج وحدها بعد فراغه من أفعال العمرة فإن الجمع بين الأحاديث مهما أمكن أولى من حملها على التعارض.

(الوجه الثاني) في الجواب أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أمر أصحابه بالانتقال إلى المتعة عن الأفراد والقران ولا يأمرهم إلا بالانتقال إلى الأفضل فإنه من المحال أن ينقلهم من الأفضل إلى الأدنى . وهو الداعي إلى الخير الهادي إلى الفضل ، ثم أكد ذلك بتأسفه على فوات ذلك في حقه ، وأنه لا يقدر على انتقاله وحله لسوقه الهدى وهذا ظاهر الدلالة .

(الثالث) أن ما ذكرناه قول النبي صلى الله عليه وسلم وهم يحتجون بفعله وعند التعارض يجب تقديم القول لاحتمال اختصاصه بفعله دون غيره كنهيه عن الوصال مع فعله له ، ونكاحه بغير ولي ولا شهود مع قوله « لا نكاح إلا بولي » فإن قيل : فقد قال أبو ذر كانت متعة الحج لأصحاب محمد صلى الله عليه وسلم خاصة ، رواه مسلم .

قلنا : هذا قول صحابي يخالف الكتاب والسنة والإجماع وقول من هو خير منه وأعلم أما الكتاب فقوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج) وهذا عام وأجمع المسلمون على إباحة التمتع في جميع الأعصار وإنما اختلفوا في فضله وأما السنة : فروى سعيد حدثنا هشيم أنبأنا حجاج عن عطاء عن جابر أن مائة بن مالك سأل النبي صلى الله عليه وسلم المتعة لنا خاصة أو هي للأبد ؟ فقال « بل هي للأبد » ، وفي لفظ قال ألعامنا أو للأبد ؟ قال : لا بل للأبد دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة ، وفي حديث جابر الذي رواه مسلم في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم نحو هذا ومعناه والله أعلم أن أهل الجاهلية كانوا لا يميزون التمتع ويرون العمرة في أشهر الحج من أجزء الفجور « فيبين النبي صلى الله عليه وسلم أن الله تعالى شرع العمرة في أشهر الحج وجوز المتعة إلى يوم القيامة » وقال طائفة : كان أهل الجاهلية يرون العمرة في أشهر الحج أجزء الفجور ، ويقولون . إذا انفسخ صفر ، وبرأ الدبر ، وعفا الأثر ، حلت العمرة لمن اعتمر : فلما كان الإسلام أمر الناس أن يعتمروا في أشهر الحج فدخلت العمرة في أشهر الحج إلى يوم القيامة . رواه سعيد ، وقد خالف أبا ذر على وسعد وابن عباس وابن عمر وعمران بن حصين وسائر الصحابة وسائر المسلمين ، قال عمران : « تمتعنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونزل فيه القرآن

ولم ينهنا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يفسخها شيء فقال فيها رجل برأيه ما شاء ، متفق عليه ، وقال سعد بن أبي وقاص فعلناها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني المتعة وهذا يومئذ كافر بالعرش يعني الذي نهى عنها والعرش بيوت مكة ، وقال أحمد حين ذكر له حديث أبي ذر : أفيقول بهذا أحد ؟ المتعة في كتاب الله وقد أجمع المسلمون على جوازها . فإن قيل : فقد روى أبو داود بإسناده عن سعيد بن المسيب أن رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى عمر فشهد عنده أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن العمرة قبل الحج .

قلنا : هذا حاله في مخالفة الكتاب والسنة والإجماع كحال حديث أبي ذر بل هو أدنى حالا فإن في إسناده مقالا . فإن قيل : فقد نهى عنها عمر وعثمان ومعاوية قلنا فقد أنكر عليهم علماء الصحابة نهيهم عنها وخالفوهم في فعلها والحق مع المنكرين عليهم دونهم وقد ذكرنا إنكار علي على عثمان واعتراف عثمان له وقول عمران بن حصين منكر لأنهى من نهى وقول سعد عابسا على معاوية نهيها عنها وردم عليهم بمحجج لم يكن لهم جواب عنها بل قد ذكر بعض من نهى عنها في كلامه ما يرد نهيها فقال عمر : والله إني لأنهاكم عنها وأنها لفي كتاب الله وقد صنعها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا خلاف في أن من خالف كتاب الله وسنة رسوله ونهى عنها فيهما حقيق بأن لا يقبل نهيها ولا يحتج به مع أنه قد سئل سالم بن عبد الله ابن عمر أنهى عمر عن المتعة ؟ قال لا والله ما نهى عنها عمر ولكن قد نهى عثمان وسئل ابن عمر عن متعة الحج فأمر بها فقليل : إنك تخالف أباك قال إن عمر لم يقل الذي يقولون . ولما نهى معاوية عن المتعة أمرت عائشة حشمها ومواليها أن يهلوا بها فقال معاوية من هؤلاء ؟ فقيس حشم أو موالى عائشة فأرسل إليها ما حاكم على ذلك ؟ قالت أحببت أن يه لم أن الذي قلت ليس كما قلت وقيل لابن عباس أن فلانا ينهى عن المتعة قال انظروا في كتاب الله فإن وجدتموها فيه فقد كذب على الله وعلى رسوله وإن لم تجدوها فقد صدق فأى الفريقين أحق بالإلتزام وأولى بالصواب : الذين معهم كتاب الله وسنة رسوله أم الذين خالفوها ؟ ثم قد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم الذي قوله حجة على الخلق أجمعين فكيف يعارض بقول

غيره ؟ قال سعيد بن جبیر عن ابن عباس قال : تمتع النبي صلى الله عليه وسلم فقال عروة بنى أبو بكر وعمر عن المتعة فقال ابن عباس : أراهم سيهاكون أقول قال النبي صلى الله عليه وسلم ويقولون بنى عنها أبو بكر وعمر وسئل ابن عمر عن متعة الحج فأمر بها فقال : لأنك تخالف أباك فقال عمر لم يقل الذى يقولون : فلما أكثروا عليه قال : أفكتب الله أحق أن تتبعوا أم عمر ؟ روى الأثرم هذا كله .

(فصل) فمن أراد الإحرام بعمره فالمستحب أن يقول : اللهم إني أريد العمرة فيسرها لى وتقبلها منى وحلى حيث تجبسنى فإنه يستحب للإنسان النطق بما أحرم به ليذول الاتباس ، فإن لم ينطق بشيء واقتصر على مجرد النية كصفاء فى قول إمامنا ومالك والشافعى ، قال أبو حنيفة لا ينعقد بمجرد النية حتى تنضاف إليها التلبية أو سوق الهدى لما روى خلاد بن السائب الأنصارى عن أبيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : جادق جبريل فقال يا محمد مر أصحابك أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية ، رواه النسائى وقال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ولأنها عبادة ذات تحریم وتحليل . فكان لها نطق واجب كالصلاة ، ولأن الهدى والأضحية لا يجبان بمجرد النية كذلك النفسك .

ولنسا . أنها عبادة ليس فى آخرها نطق واجب . فلم يكن فى أولها كالصيام ، والخبر المراد به الاستحباب فإن منطوقه رفع الصوت ولا خلاف فى أنه غير واجب فما هو من ضرورته أولى ، ولو وجب النطق لم يلزم كونه شرطاً فإن كثيراً من واجبات الحج غير مشترطة فيه ، والصلاة فى آخرها نطق واجب بخلاف الحج والعمره . وأما الهدى والأضحية : فإيجاب مال فأشبه النذر بخلاف الحج فإنه عبادة بدنية فعلى هذا : لو نطق بغير ما نواه نحو أن ينوى العمره فيسبق لسانه إلى الحج أو بالعكس انعقد ما نواه دون ما لفظ به قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا . وذلك لأن الواجب النية وعليها الاعتماد واللفظ لا عبرة به فلم يؤثر كما لا يؤثر اختلاف النية فيما يعتبر له اللفظ دون النية .

(فصل) فإن لبى أو ساق الهدى من غير نية لم ينعقد لإحرامه . لأن ما اعتبرت له النية لم ينعقد بدونها كالصوم والصلاة والله أعلم .

« مسألة ، قال (ويشترط فيقول إن حبسني حابس فمحلى حيث حبستني فإن حبس حل من الموضع الذي حبس ولا شيء عليه) .

يستحب لمن أحرم بنفسك أن يشترط عند إحرامه فيقول : إن حبسني حابس فمحلى حيث حبستني ويفيد هذا الشرط شيئين :
(أحدهما) أنه إذا عاقه من عدو أو مرض أو ذهاب نفقته ونحوه أن له التحلل .

(والثاني) أنه متى حل بذلك فلا دم عليه ولا صوم ، ومن روى عنه أنه رأى الاشتراط عند الإحرام : عمر وعلى وابن مسعود وعمار وذهب إليه عبيدة السلماني وعلقمة والاسود وشريح وسعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح وعطاء بن يسار وعكرمة والشافعي إذ هو بالعراق وأنكره ابن عمر وطاوس وسعيد بن جبير والزهرى ومالك وأبو حنيفة . وعن أبي حنيفة أن الاشتراط يفيد سقوط الدم فأما التحلل فهو ثابت عنده بكل إحصار . واحتجوا بأن ابن عمر كان ينكر الاشتراط ويقول حسبكم سنة نبيكم صلى الله عليه وسلم ، ولأنها عبادة تحب بأصل الشرع فلم يفيد الاشتراط فيها كالصوم والصلاة .

ولنا . ما روت عائشة رضى الله عنها قالت دخل النبي صلى الله عليه وسلم على ضباعة بنت الزبير فقالت يا رسول الله إني أريد الحج وأنا شاكية فقال النبي صلى الله عليه وسلم « حجى واشترطى أن محلى حيث حبستني ، متفق عليه وعن ابن عباس أن ضباعة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إني أريد الحج فكيف أقول ؟ فقال قولى « لبيك اللهم لبيك ، ومحلى من الأرض حيث تحبسني فإن لك على ربك ما استئثيت ، رواه مسلم . ولا قول لأحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف يعارض بقول ابن عمر ، ولو لم يكن فيه حديث لكان قول الخلفيين الراشدين مع من قد ذكرنا قوله من فقهاء الصحابة أولى من قول ابن عمر ، وغير هذا اللفظ مما يؤدى معناه يقوم مقامه لأن المقصود المعنى ، والعبارة إنما تعتبر لتأدية المعنى .

قال إبراهيم : خرجنا مع علقمة وهو يريد العمرة فقال اللهم إني أريد العمرة

إن تيسرت وإلا فلا حرج على وكان شريح يشترط : اللهم قد عرفت نيتي وما أريد فإن كان أمراً تتمه فهو أحب إلى وإلا فلا حرج على . ونحوه عن الأسود . وقالت عائشة لمرأة قل : اللهم إني أريد الحج ولما به نويت فإن تيسر وإلا فعمره ، ونحوه عن عميرة بن زياد .

(فسر) فإن نوى الاشتراط ولم يتلفظ به احتمل أن يصح . لأنه تابع لعقد الإحرام والإحرام يتعقد بالنية فكذلك تابعه ، واحتمل أن يعتبر فيه القول ، لأنه اشتراط فاعتبر فيه القول كالاشتراط في النذر والوقف ، والاعتكاف ، ويذل عليه ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس « قولي على من الأرض حيث تحبسنى »

« مسألة » قال (وإن أراد الأفراد قال : اللهم إني أريد الحج ويشترط »

الإفراد : هو الإحرام بالحج مفرداً من الميقات وهو أحد الأنسك الثلاثة والحكم في إحرامه كالحكم في إحرام العمرة سواء فيما يجب ويستحب وحكم الاشتراط

« مسألة » قال (وإن أراد القران قال اللهم إني أريد العمرة والحج ويشترط)

معنى القران : الإحرام بالعمرة والحج معا أو يحرم بالعمرة ثم يدخل عليها الحج وهو أحد الأنسك المشروعة الثابتة بالنص والإجماع ، وقد روى أن معاوية قال لأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم هل تغلبون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبي أن يقرن بين الحج والعمرة ؟ قالوا أما هذا فلا . قال : لأنها معن يعنى مع المنهيات وليكنكم نسيتم : وهذا ما لم يوافق الصحابة معاوية عليه مع ما يتضمنه من مخالفة الأحاديث الصحيحة والإجماع قال الخطابي : ويشبه أن يكون ذهب إلى تأويل قوله عليه السلام حين أمر أصحابه في حجته بالإحلال وقال « لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لما سقت الهدى » وكان قارناً لحمله معاوية على النبي والله أعلم .

(فصل) ويستحب أن يعين ما أحرم به وبه قال مالك وقال الشافعي في أحد

قوله : الإطلاق أولى لما روى طاوس قال : خرج النبي صلى الله عليه وسلم من المدينة لا يسمى حجا ينتظر القضاء فنزل عليه القضاء وهو بين الصفا والمروة

فأمر أصحابه من كان منهم أهل ولم يكن معه هدى أن يجعلوها عمرة ، ولأن ذلك أحوط ، لأنه لا يأمن الاحصار أو تعذر فعل الحج عليه فيجعلها ثمرة .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بالإحرام بنفسك معين فقال : « من شاء منكم أن يهل بحج وعمرة فليهل ، ومن أراد أن يهل بحج فليهل ، ومن أراد أن يهل بعمرة فليهل ، والنبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إنما أحرموا بمعين عن ما ذكرنا في الأحاديث الصحيحة ، وأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم الذين كانوا معه في حجته مطعون على أحواله ، ويقتدون بأفعله ، ويقفون على ظاهر أمره وباطنه أعلم به من طاوس ، وحديثه مرسل والشافعي لا يحتج بالمراسيل المفردة ، فكيف يصير إلى هذا مع مخالفته للروايات المستفيضة المتفق عليها . والاحتياط يمكن بأن يجعلها عمرة فإن شاء كان متمتعاً ، وإن شاء أدخل الحج عليها ، وكان فارناً .

(فصل) فإن أطلق الإحرام فنوى الإحرام بنفسك ولم يعين حجاً ولا عمرة صح وصار محرماً . لأن الإحرام يصح مع الإبهام فصح مع الإطلاق فإذا أحرم مطلقاً فله صرفه إلى أى الأنسك شاء ، لأن له أن يتبدى الإحرام بما شاء منها فكان له صرف المطلق إلى ذلك ، والأولى صرفه إلى العمرة لأنه إن كان في غير أشهر الحج فالإحرام بالحج مكروه أو ممتنع ، وإن كان في أشهر الحج فالعمرة أولى لأن التمتع أفضل . وقد قال أحد رحمته الله : يجعله عمرة لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أبا موسى حين أحرم بما أهل به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجعله عمرة كذا هنا .

(فصل) ويصح إبهام الإحرام وهو أن يحرم بما أحرم به فلان لما روى أبو موسى قال قدمت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو منبج بالطعام فقال لي : « بم أهلك ؟ قلت : لبيك باهلال كاهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أحسنت ، فأمرني فطقت بالبيت وبالصفاء والمروة ثم قال : « حل ، متفق عليه .

وروى جابر وأنس أن علياً قدم من اليمن على رسول الله صلى الله عليه وسلم (م ١٢ - ج ٣ - المغني)

فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « بم أهملت ؟ » قال : أهملت بما أهل به رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال جابر في حديثه قال « فاهد وامكث حراما ، وقال أنس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لولا أن معي هديا لحلت ، متفق عليهما . ثم لا يتناول من أبهم لإحرامه من أحوال أربعة (أحدها) أن يعلم ما أحرم به فلان فينقصد لإحرامه بمثله . فإن عليا قال له النبي صلى الله عليه وسلم « ماذا قلت حين فرضت الحج ؟ » قال : قلت : اللهم إني أهل بما أهل به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « فإن معي الهدى فلا تحل » (الثاني) أن لا يعلم ما أحرم به فلان فيكون لإحرامه مطلقا حكمه حكم النابى على ما سنبينه (الثالث) أن لا يكون فلان أحرم فيكون لإحرامه معاقبا حكمه حكم الفصل الذى قبله (الرابع) أن لا يعلم هل أحرم فلان أولا . لحكمه حكم من لم يحرم لأن الأصل عدم إحرامه فيكون لإحرامه ههنا مطلقا يصرفه إلى ما شاء فإن صرفه قبل الطواف لحسن ، وإن طاف قبل صرفه لم يعتد بطوافه لأنه طاف لا في حجب ولا عمره .

(فصل) إذا أحرم بنفسك ثم نسيت قبل الطواف فله صرفه إلى آخر الأنسك شاء فإنه إن صرفه إلى عمرة وكان المنى عمرة فقد أصاب ، وإن كان حجاً مفرداً أو قرانا فله فسخهما إلى العمرة على ما سنذكره ، وإن صرفه إلى القران وكان المنى قرانا فقد أصاب ، وإن كان عمرة فإدخال الحج على العمرة جائز قبل الطواف فيصير قارنا ، وإن كان مفرداً لغا لإحرامه بالعمرة وصح بالحج وسقط فرضه ، وإن صرفه إلى الإفراد وكان مفرداً فقد أصاب ، وإن كان متمتعاً فقد أدخل الحج على العمرة فصار قارنا في الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى وهو يظن أنه مفرد ، وإن كان قارنا فكذلك ، والمنصوص عن أحمد أنه يجعله عمرة . قال القاضي : هذا على سبيل الاستحباب . لأنه إذا استحب ذلك في حال العلم فمع عدمه أولى ، وقال أبو حنيفة يصرفه إلى القران وهو قول الشافعى في الجديد ، وقال في القديم يتحرى فيبنى على غالب ظنه . لأنه من شرائط العبادة فيدخله التحرى كالقبلة . ومنشأ الخلاف على فسخ الحج إلى العمرة فإنه جائز عندنا وغير جائز عندهم فعلى هذا : إن

صرفه إلى المتعة فهو متمتع عليه دم المتعة ويجزئه عن الحج والعمرة جميعاً ، وإن صرفه إلى إفراد أو قران لم يجزئه عن العمرة إذ من المحتمل أن يكون المنسى حجاً مفرداً وليس له إدخال العمرة على الحج فتكون صحة العمرة مشكوكاً فيها فلا تسقط من ذمته بالشك ولا دم عليه لذلك فإنه لم يثبت حكم القران بيقيناً ، ولا يجب الدم مع الشك في سببه . ويحتمل أن يجب ، فأما إن شك بعد الطواف لم يجز صرفه إلا إلى العمرة . لأن إدخال الحج على العمرة بعد الطواف غير جائز فإن صرفه إلى حج أو قران فإنه يتحتمل بفعل الحج ولا يجزئه عن واحد من التاكين . لأنه يحتمل أن يكون المنسى عمرة فلم يصح إدخال الحج عليها بعد طوافها ، ويحتمل أن يكون حجاً وإدخال العمرة عليه غير جائز فلم يجزئه واحد منها مع الشك ولا دم عليه للشك فيما يوجب الدم ولا قضاء عليه للشك فيما يوجب ، وإن شك وهو في الوقوف بعد أن طاف وسعى جعله عمرة فقصر ثم أحرم بالحج فإنه إن كان المنسى عمرة فقد أصاب وكان متمتعاً ، وإن كان إفراداً أو قراناً لم ينفسخ بتقصيره وعليه دم بكل حال ، فإنه لا يخلو من أن يكون متمتعاً عليه دم المتعة أو غير متمتع فيلزمه دم لتقصيره ، وإن شك ولم يكن طاف وسعى جعله قراناً لأنه إن كان قراناً فقد أصاب وإن كان معتمراً فقد أدخل الحج على العمرة وصار قراناً ، وإن كان مفرداً لغا لإحرامه بالعمرة وصح لإحرامه بالحج . وإن صرفه إلى الحج جاز أيضاً ، ولا يجزئه عن العمرة في هذه المواضع لاحتمال أن يكون مفرداً ، وإدخال العمرة على الحج غير جائز ولا دم عليه للشك في وجود سببه .

(فصل) وإن أحرم بمحيتين أو عمرتين انعقد باحداهما ولغت الأخرى ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة ينعقد بهما وعليه قضاء أحداهما : لأنه أحرم بهما ولم يتمها .

ولنا : أنها عبادتان لا يلزمه المضى فيها فلم يصح الإحرام بهما كالصلاتين ، وعلى هذا لو أفسد حجه أو عمرته لم يلزمه إلا قضاؤهما ؟ وعند أبي حنيفة يلزمه قضاؤهما معاً بناء على صحة إحرامه بهما .

• مسألة ، قال (فإذا استوى على راحلته لي) .

التلبية في الإحرام مسنونة : لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعلها وأمر برفع

الصوت بها ، وأقل أحوال ذلك الاستحباب ، وسئل النبي صلى الله عليه وسلم أى الحج أفضل ؟ قال « الحج والشح » وهذا حديث غريب ومعنى الحج رفع الصوت بالتلبية ، والشح اسالة الدماء بالذبح والنحر ، وروى سهل بن سعد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما من مسلم يلبى إلا لبي ما عن يمينه من حجر أو شجر أو مدر حتى تنقطع الأرض من ههنا وههنا » رواه ابن ماجه وليست واجبة وهذا قال الحسن بن حى والشافعى ، وعن أصحاب مالك أنها واجبة يجب بتركها دم وعن الثورى وأبي حنيفة أنها من شرط الاحرام لا يصح الا بها كالتكبير للصلاة لأن ابن عباس قال فى قوله تعالى (فمن فرض فبين الحج) قال ابن عباس : الإهلال . وعن عطاء وطائس وعكرمة هو البلبية ، ولأن الفسك عبادة ذات احرام واحلال فكان فيها ذكر واجب كالصلاة .

ولنا : أنها ذكر فلم يجب فى الحج كسائر الأذكار ، وفارق الصلاة فان النطق يجب فى آخرها فوجب فى أرطها والحج بخلافه ، ويستحب البداية بها اذا امتوى على راحلته لما روى أنس وابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ركب راحلته واستوت به أهل ، رواهما البخارى ، وقال ابن عباس أوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الإحرام حين فرغ من صلاته فلما ركب راحلته واستوت به قائما أهل يعنى لبي ومعنى الإهلال رفع الصوت بالتلبية من قولهم استهل الصبي إذا صاح . والاصل فيه : أنهم كانوا اذا روى الهلال صاحوا : فيقال : استهل الهلال . ثم قيل لسلك صائح مستهل ، وانما يرفع الصوت بالتلبية .

(فصل) ويرفع صوته بالتلبية . لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أثنى جبريل فأمرنى أن آمر أصحابي أن يرفعوا أصواتهم بالإهلال والتلبية » رواه النسائي ، وأبو داود والترمذى . وقال حديث حسن صحيح ، قال أنس سمعهم يصرخون بها صراخا ، وقال أبو حازم كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يلهون الروحاء حتى تبص حلقهم من التلبية . وقال سالم : كان ابن عمر يرفع صوته بالتلبية فلا يأتى الروحاء حتى يصلح صوته ، ولا يجهد نفسه فى رفع الصوت زيادة على الطاقة لئلا ينقطع صوته وتلييته .

« مسألة ، قال (فيقول ليك اللهم ليك ، ليك لا شريك لك ليك ، إن الحمد والنعمة لك والملك ، لا شريك لك) .

هذه تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم جاء في الصحيحين عن ابن عمر أن تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليك اللهم ليك ، ليك لا شريك لك ليك ، إن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك » ، روه البخارى عن عائشة ، ومسلم عن جابر ، والتلبية مأخوذة من لب بالمسكان إذا لزمه فسكأنه قال : أنا مقيم على طاعتك وأمرك غير خارج عن ذلك ، ولا شارد عليك ، هذا أو ما أشبهه . وثنوها وكرروها لأنهم أرادوا إقامة بعد إقامة كما قالوا حنانك أى رحمة بعد رحمة ، أو رحمة مع رحمة أو ما أشبهه . وقال جماعة من أهل العلم معنى التلبية لإجابة نداء إبراهيم عليه السلام حين نادى بالحج . وروى عن ابن عباس قال : لما فرغ إبراهيم عليه السلام من بناء البيت قيل له أذن في الناس بالحج فقال : رب وما يبلغ صوتي قال أذن وعلى البلاغ فنادى إبراهيم : أيها الناس كتب عليكم الحج قال فسمعه ما بين السماء والأرض ، أفلا ترى الناس يجيئون من أقطار الأرض يلبون ويقولون : ليك إن الحمد (بكسر الالف) نص عليه أحمد والفتح جائز إلا أن الكسر أجود قال ثعلب : من قال أن بفتحها فقد خص ومن قال بكسر الالف فقد عم يعنى أن من كسر جعل الحمد لله على كل حال ، ومن فسخ فعناه ليك . لأن الحمد لك أى لهذا السبب .

(فصل) ولا تستحب الزيادة على تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا تسكره ونحو ذلك قال الشافعى وابن المنذر وذلك لقول جابر : فأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتوحيد « ليك اللهم ليك ، ليك لا شريك لك ليك إن الحمد والنعمة لك والملك ، لا شريك لك » ، وأهل الناس بهذا الذى يهلون ، ولزم رسول الله صلى الله عليه وسلم تليته ، وكان ابن عمر يلبى بتلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ويزيد مع هذا ليك ليك ، ليك وسعديك والخير بيدك . والرغاء إليك والعمل ، متفق عليه وزاد عمر : ليك ذا النعماء والفضل ليك ليك مرهوباً ومرغوباً إليك ليك . هذا معناه رواه الأثرم ويروى أن أنساً كان يزيد ليك حقاً حقاً ، تعبدأ ورقاً

وهذا يدل على أنه لا بأس بالزيادة ولا نستحب . لأن النبي صلى الله عليه وسلم لزم تلييته فكررهما ولم يزد عليهما . وقد روى أن سعداً سمع بعض بني أخيه وهو يلبي : ياذا المعارج . فقال : إنه لذكر المعارج وما هكذا كننا فلي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(فصل) ويستحب ذكر ما أحرم به في تلييته . قال أحمد : إن شئت لبيت بالحج ، وإن شئت لبيت بالحج والعمرة . وإن شئت بعمرة . وإن لبيت بحج وعمرة بدأت بالعمرة فقلت : لبيك بعمرة وحجة . وقال أبو الخطاب : لا يستحب ذلك ، وهو اختيار ابن عمر . وقول الشافعي . لأن جابراً قال : ما سمى النبي صلى الله عليه وسلم في تلييته حجاً ولا عمرة ، وسمع ابن عمر رجلاً يقول : لبيك بعمرة ، فضرب صدره وقال : تعلم ما في نفسك .

ولنا : ما روى أنس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لبيك عمرة وحجاً ، وقال جابر : قدمنا مع النبي صلى الله عليه وسلم ونحن نقول : لبيك بالحج ، وقال ابن عباس : قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، وهم يابون بالحج ، وقال ابن عمر : بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأهل بالعمرة ، ثم أهل بالحج ، متفق على هذه الأحاديث . وقال أنس : سمعهم يصرخون بهما صراخاً ، رواه البخاري ، وقال أبو سعيد : خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم نصرخ بالحج فحللنا . فلما كان يوم التروية لبينا بالحج وانطلقنا إلى منى ، وهذه الأحاديث أصح وأكثر من حديثهم . وقول ابن عمر يخالفه قول أبيه ، فإن النسائي روى بإسناده عن الضمى بن معبد : أنه أول ما حج لبي بالحج والعمرة جميعاً . ثم ذكر ذلك لعمر فقال : هديت لسنة نبيك ، وإن لم يذكر ذلك في تلييته فلا بأس . فإن النية عملها القلب . والله عالم بها .

(فصل) وإن حج عن غيره كفاه مجرد النية عنه . قال أحمد : لا بأس بالحج عن الرجل ولا يسميه : وإن ذكره في التلبية فحسن . قال أحمد : إذا حج عن رجل يقول أول ما يلبي : عن فلان ، ثم لا يزال أن لا يقول بعد . وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم للذي سمعه يلبي عن شبرمة : لب عن نفسك ثم لب عن شبرمة ،

ومتى أتى بهما جميعاً بدأ بذكر العمرة . نص عليه أحمد في مواضع . وذلك لقول أنس
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لبيك بعمرة وحج » .

« مسألة ، قال (ثم لا يزال يلبى إذا علا نثرأ ، أو هبط وادياً ، وإذا التقت
الرفاق ، وإذا غطى رأسه ناسياً ، وفي دبر الصلوات المكتوبة) .

يستحب استدامة التلبية والإكثار منها على كل حال . لما روى ابن ماجه عن
عبد الله بن عامر بن ربيعة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما من مسلم
يضحي لله يلبى حتى تغيب الشمس إلا غابت بذنوبه فعاد كما ولدته أمه » ، وهي أشد
استحباباً في المواضع التي سمى الحرقى . لما روى جابر قال « كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم يلبى في حجته إذا لقي راكباً أو علا أكمة ، أو هبط وادياً ، وفي أدبار
الصلوات المكتوبة ، ومن آخر الليل » وقال إبراهيم النخعي « كانوا يستحبون التلبية
دبر الصلاة المكتوبة ، وإذا هبط وادياً ، وإذا علا نثرأ ، وإذا لقي راكباً وإذا
استوت به راحلته ، وبهذا قال الشافعي ، وقد كان قبل يقول مثل قول مالك :
لا يلبى عند اصطدام الرفاق ، وقول النخعي يدل على أن السلف رحمهم الله كانوا
يستحبون ذلك . والحديث يدل عليه أيضاً .

(فصل) ويجزىء من التلبية في دبر الصلاة مرة واحدة . قال الأثرم قلت
لأبي عبد الله : ما شيء يفعله العامة ، يلبون في دبر الصلاة ثلاث مرات ؟ فتبسّم ،
وقال : ما أدرى من أين جاءوا به ؟ قلت : أليس يجزئهم مرة واحدة ؟ قال . بلى ،
وهذا ، لأن المروى التلبية مطلقاً من غير تقييد . وذلك يحصل بمرة واحدة . وهكذا
التكبير في أدبار الصلوات في أيام الاضحية وأيام التشريق . ولا بأس بالزيادة على
مرة . لأن ذلك زيادة ذكر وخير . وتكراره ثلاثاً حسن . فإن الله وتر يحب الوتر

(فصل) ولا يستحب رفع الصوت بالتلبية في الأمصار ولا في مساجدها إلا
في مكة والمسجد الحرام . لما روى عن ابن عباس « أنه سمع رجلاً يلبى بالمدينة
فقال إن هذا لمجنون . إنما التلبية إذا برزت » وهذا قول مالك وقال الشافعي :
يلبى في المساجد كلها ويرفع صوته أخذاً من عموم الحديث .

ولنا : قول ابن عباس ، ولأن المساجد إنما بنيت للصلاة . وجاءت الكراهة لرفع الصوت فيها عاما إلا الإمام خاصة . فوجب إبقاؤها على عمومها . فأما مكة فتستحب التلبية فيها . لأنها محل النسك . وكذلك المسجد الحرام وسائر مساجد الحرم كمسجد منى وفي عرفات أيضاً .

(فصل) ولا يلبي بغير العربية إلا أن يعجز عنها لأنه ذكر مشروع فلا يشرع بغير العربية كالأذان والأذكار المشروعة في الصلاة .

(فصل) ولا بأس بالتلبية في طواف القدوم . وبه يقول ابن عباس وعطاء ابن السائب وربيع بن عبد الرحمن وابن أبي ليلى وداود والشافعي . وروى عن سالم بن عبد الله أنه قال : لا يلبي حول البيت . وقال ابن عيينة : ما رأينا أحداً يقتدى به يلبي حول البيت إلا عطاء بن السائب . وذكر أبو الخطاب : أنه لا يلبي وهو قول الشافعي . لأنه مشتغل بذكر يخصه فكان أولى .

ولنا : أنه زمن التلبية فلم يكره له كما لو لم يكن حول البيت . ويمكن الجمع بين التلبية والذكر المشروع في الطواف ، ويكره له رفع الصوت بالتلبية لئلا يشغل الطائفين عن طوافهم وأذكارهم . وإذا فرغ من التلبية صلى على النبي صلى الله عليه وسلم ودعا بما أحب من خير الدنيا والآخرة . لما روى الدارقطني بإسناده عن خزيمة بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا فرغ من تليته سأل الله مغفرته ورضوانه ، واستعاذه برحمته من النار ، وقال القاسم بن محمد : يستحب للرجل إذا فرغ من تليته أن يصلي على محمد صلى الله عليه وسلم . وجاء في التفسير في تأويل قوله تعالى (٩٤ : ٤) ورفضنا لك ذكرك (لا أذكر إلا ذكرت معي (١) ولأن أكثر المواضع التي شرع فيها ذكر الله تعالى شرع فيها ذكر نبيه عليه السلام كالأذان والصلاة .

(١) هذا الحصر لا يصح رواية ولا إدراية بل ولا الأكثرية التي ادعاها المصنف والأذكار الخاصة بالله تعالى هي الأكثر ، وللسألة مسألة توقيف والقياس فيها ضعيف .

(فصل) ولا بأس أن يلبي الحلال . وبه قال الحسن والنخعي وعطاء بن السائب والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي . وكرهه مالك .
ولنا : أنه ذكر يستحب للمحرم . فلم يكره لغيره ، كسائر الأذكار .

• مسألة ، قال (والمرأة يستحب لها أن تغتسل عند الإحرام ، وإن كانت حائضاً أو نفساء . لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أسماء بنت عميس وهي نفساء أن تغتسل) .

وجملة ذلك : أن الإغتسال مشروع للنساء عند الإحرام كما يشرع للرجال . لأنه نسك . وهو في حق الحائض والنفساء أكد . لورود الخبر فيهما . قال جابر : حتى أتينا ذا الحليفة . فولدت أسماء بنت عميس محمد بن أبي بكر : فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف أصنع ؟ قال : اغتسلي واستنقري بثوب وأحرمي ، رواه مسلم وعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : النفساء والحائض إذا أتيا على الوقت يغتسلان ويعرمان وبقيضان المناسك كلها غير الطواف بالبيت ، رواه أبو داود . وأمر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة أن تغتسل لإهلال الحج وهي حائض ، وإن رجعت الحائض الطهر قبل الخروج من الميقات أو النفساء استحسب لها تأخير الإغتسال حتى تظهر . ليكون أكل لها . فإن خشيت الرحيل قبله اغتسلت وأحرمت .

• مسألة ، قال (ومن أحرم وعليه قميص خلعه ولم يشقه) .

هذا قول أكثر أهل العلم . وحكى عن الشعبي والنخعي وأبي قلابة وأبي صالح ذكوان : أنه يشق ثيابه لئلا يتغطى رأسه حين ينزع القميص منه .

ولنا : ما روى يعلى بن أمية : أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في جبة بعد ما تضمخ بطيب ؟ فنظر إليه النبي صلى الله عليه وسلم ساعة ثم سكت ، فجاءه الوحي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : أما الطيب الذي بك فاغسله ، وأما الجبة فانزعها ثم اصنع في عمرتك ما تصنع في حجك ، متفق عليه . وهذا لفظ مسلم . قال عطاء : كنا قبل أن نسمع

هذا الحديث نقول فيمن أحرم وعليه قيض أو جبة قليخرفها عنه . فلما بلغنا هذا الحديث أخذنا به وتركنا ما كنا نفتى به قبل ذلك ، ولأن في شق الشرب إضاعة ماليته وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال .

(فصل) وإذا نزع في الحال فلا فدية عليه : لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر الرجل بفدية ، وإن استدام اللبس بعد إمكان نزعه فعليه الفدية . لأن استدامة اللبس محرم كابتدائه بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الرجل بنزع جبته وإنما لم يأمره بفدية لما مضى فيما نرى . لأنه كان جاهلاً بالتحريم ، فجرى مجرى الناسي .

« مسألة ، قال (وأشهر الحج : شوال ، وذو القعدة ، وعشر من ذى الحجة) .

هذا قول ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وابن الزبير وعطاء ومجاهد والحسن والشعبي والنخعي وقتادة والثوري وأصحاب الرأي ، وروى عن عمر وابنه وابن عباس « أشهر الحج شوال وذو القعدة وذو الحجة » وهو قول مالك . لأن أقل الجمع ثلاثة وقال الشافعي : آخر أشهر الحج ليلة النحر . وليس يوم النحر منها لقوله تعالى (فن فرض فيهن الحج) ولا يمكن فرضه بعد ليلة النحر .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « يوم الحج الأكبر يوم النحر » رواه أبو داود ، فكيف يجوز أن يكون يوم الحج الأكبر ليس من أشهره ؟ وأيضاً فإنه قول من سميوا من الصحابة ، ولأن يوم النحر فيه ركن الحج وهو طواف الزيارة . وفيه كثير من أفعال الحج ، منها رمي جمرات العقبة والنحر والحلق والطواف والسعي والرجوع إلى منى . وما بعده ليس من أشهره . لأنه ليس بوقت لإحرامه ولا لإراكانه ، فهو كالحرم ولا يمتنع التعبير بلفظ الجمع عن شيئين وبعض الثالث ، فقد قال بعض أهل العربية : عشرون جمع عشر وإنما هي عشرون وبعض الثالث ، وقال الله تعالى (٢ : ٢٢٨) يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) والقراء الطهر عنده ولو طلقها في طهر احتسبت بيقينته ، وقول العرب : ثلاث خلون من ذى الحجة وهم في الثالثة ، وقوله (فرض فيهن الحج) أى في أكثرهن . والله أعلم .

باب ما يتوقى المحرم وما أبيح له

« مسألة ، قال أبو القاسم (و يتوقى في إحرامه ما نهاه الله عنه : من الرفث ، وهو الجماع ، والفسوق ، وهر السباب . والجدال وهو الزنا)

يعنى بقوله « ما نهاه الله عنه » قوله سبحانه (٢ : ١٩٧) الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج (وهذا صيغته صيغة النفي أريد به النهي . كقوله سبحانه (٢ : ٢٢٣) لا تضار المرأة بولدها) والرفث هو الجماع وروى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وعطاء بن أبي رباح وعطاء بن يسار ومجاهد والحسن والنخعي والزهرى وقتادة ، وروى عن ابن عباس أنه قال « الرفث غشيان النساء والتقبيل والعزم . وأن يعرض لها بالفحش من الكلام » وقال أبو عبيدة : الرفث لغا الكلام . وأنشد قول العجاج :

* عن اللفا ورفث التكلم *

وقيل : الرفث هو ما يكتنى عنه من ذكر الجماع ، وروى عن ابن عباس « أنه أنشد بيتاً فيه التصريح بما يكتنى عنه من الجماع وهو محرم (١) فقييل له في ذلك ، فقال : إنما الرفث ما روجع به النساء . وفي لفظ ماقيل من ذلك عند النساء ، وكل مافسر به الرفث ينبغى للمحرم أن يحتنبه إلا أنه في الجماع أظهر لما ذكرنا من تفسير الآية له بذلك ، ولأنه قد جاء في الكتاب في موضع آخر وأريد به الجماع قال الله تعالى (٢ : ١٨٧) أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم (فأما الفسوق فهو السباب لقول النبي صلى الله عليه وسلم « سباب المسلم فسوق » متفق عليه ، وقيل : الفسوق : المعاصي وروى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وعطاء وإبراهيم

(١) البيت هو :

وهن عيشين بناهيا إن تصدق الطير منك ليسا

وكانت جاريته اسمها ليس :

وقالوا أيضاً : الجدال : المرء ، وقال ابن عباس ، هو أن تمارى صاحبك حتى تنفضه ، والمحرم ممنوع من ذلك كله : قال النبي صلى الله عليه وسلم « من حج فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه » متفق عليه ، وقال مجاهد في قوله تعالى (ولا جدال في الحج) أى لا مجادلة ، ولا شك في الحج أنه في ذى الحجة وقول الجمهور أولى .

« مسألة ، قال (ويستحب له قلة الكلام إلا فيما ينفع ، وقد روى عن شريح أنه كان إذا أحرم كأنه حية صماء)

وجملة ذلك : أن قلة الكلام فيما لا ينفع مستحبة في كل حال صيانة لنفسه عن اللغو والوقوع في الكذب ومالا يحل ، فإن من كثر كلامه كثرت سقطته . وفي الحديث عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح متفق عليه . وعنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حسن إسلام المرء تركه مالا يعنيه » رواه ابن عيينة عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة ، وروى في المسند عن الحسين بن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وقال أبو داود : أصول السنن أربعة أحاديث . هذا أحدها ، وهذا في حال الإحرام أشد استحباباً . لأنه حال عبادة واستشعار ببطاعة الله عز وجل . فيشبه الاعتكاف وقد احتج أحمد على ذلك بأن شريحاً رحمه الله « كان إذا أحرم كأنه حية صماء » . فيستحب للمحرم أن يشتغل بالتلبية وذكر الله تعالى أو قراءة القرآن ، أو أمر بمعروف ، أو نهى عن منكر ، أو تعام لجاهل ، أو يأمر بحاجته أو يسكت ، وإن تكلم بما لا مآثم فيه . أو أنشد شعراً لا يقبح فهو مباح ولا يكثر . فقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه كان على ناقه له وهو محرم ، فجعل يقول :

كان راكبا غصن بمروحة إذا تدلت به أو شارب ثمل
« الله أكبر الله أكبر » وهذا يدل على الإباحة . والفضيلة الأولى

« مسألة ، قال (ولا يتغلى المحرم ولا يقتل القمل . ويحك رأسه وجسده حكا رفيقا) .

اختلفت الرواية عن أحد رحمه الله في إباحة قتل القمل فعنه إباحته . لأنه من أكثر الهوام أذى . فأبيح قتله كالبراغيث وسائر ما يؤذى . وقول : إن صلى الله عليه وسلم « خمس فواسق يقتل في الحل والحرم » يدل بمعنى ، على إباحة قتل كل ما يؤذى بنى آدم في أنفسهم وأموالهم ، وعنه أن قتله محرم . وهو ظاهر كلام الحرق لأنه يترفع بإزالته عنه . لحرم كقطع الشعر ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم « رأى كعب بن عجرة والقمل يتناثر على وجهه فقال له : احلق رأسك » فلو كان قتل القمل أو إزالته مباحاً لم يكن كعب لتركه حتى يصير كذلك ، أو لكان النبي صلى الله عليه وسلم أمره بإزالته خاصة . والصبيان كالقمل في ذلك ، ولا فرق بين قتل القمل أو إزالته بإلقائه على الأرض أو قتله بالزئبق ، فإن قتله لم يحرم لحرمته . لكن لما فيه من الترفه . فممنع إزالته كيفاً كانت . ولا يتغلى . فإن التغلى عبارة عن إزالة القمل وهو ممنوع منه . ويجوز له حك رأسه ويرفق في الحك كيلاً يقطع شعراً أو يقتل قملة . فإن حك فرأى في يده شعراً أحببنا أن يديه احتياطاً ولا يجب عليه حتى يستيقن أنه قلمه ، قال بعض أصحابنا : إنما اختلفت الرواية في القمل الذي في شعره ، فأما ما ألقاه من ظاهر بدنه فلا فدية فيه .

(فصل) فإن خالف وتغلى أو قتل قلاً . فلا فدية فيه . فإن كعب بن عجرة حين حلق رأسه قد أذهب قلاً كثيراً . ولم يجب عليه لذلك شيء . وإنما وجبت الفدية بخلق الشعر ، ولأن القمل لا قيمة له . أشبه البعوض والبراغيث ، ولأنه ليس بصيد ولا هو مأكول ، وحكى عن ابن عمر قال : هي أهون مقتول ، وسئل ابن عباس عن محرم ألقي قملة ثم طلبها فلم يجدها . فقال : تلك ضالة لا تبتغى . وهذا قول طاووس وسعيد بن جبير وعطاء وأبي ثور وابن المنذر ، وعن أحمد فيمن قتل قملة قال : يطعم شيئاً ، فعلى هذا أى شيء تصدق به أجزأه ، سواء قتل كثيراً أو قليلاً . وهذا قول أصحاب الرأي ، وقال إسحاق : تمره فما فوقها ، وقال مالك : حفنة من طعام . وروى ذلك عن ابن عمر ، وقال عطاء : قبضة من طعام . وهذه

الأقوال كلها ترجع إلى ما قلناه . فإنهم لم يريدوا بذلك التقدير . وإنما هو على التقريب لأقل ما يتصدق به .

(فصل) ولا بأس أن يغسل المحرم رأسه وبذنه برفق ، فعل ذلك عمر وابنه ، ورخص فيه علي وجابر وسعيد بن جبير والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي . وكره مالك للحرم أن يغطس في الماء ويغيب فيه رأسه ، ولعله ذهب إلى أن ذلك ستر له والصحيح أنه لا بأس بذلك . وليس ذلك بستر ولهذا لا يقوم مقام السترة في الصلاة وقد روى عن ابن عباس قال « ربما قال لي عمر ونحن محرمون بالجمعة تعالى أباقيك أينما أطول نفساً في الماء » وقال « ربما قايت عمر بن الخطاب بالجمعة ونحن محرمون ، رواهما سعيد ، ولأنه ليس بستر معتاد أشبه صب الماء عليه أو وضع يديه عليه ، وقد روى عبد الله بن جبير قال « أرسلني ابن عباس إلى أبي أيوب الأنصاري ، فأتيته وهو يغتسل . فسلت عليه فقال : من هذا ؟ فقلت : أنا عبد الله بن جبير ، أرسلني إليك عبد الله بن عباس يسألك : كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه وهو محرم ؟ فوضع أبو أيوب يده على الثوب فطأه حتى بدا لي رأسه . ثم قال لإنسان يصب عليه الماء : صب فصب على رأسه ثم حرك رأسه يمينه . فأقبل بهما وأدبر ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل ، متفق عليه ، وأجمع أهل العلم على أن المحرم يغتسل من الجنابة .

(فصل) ويكره له غسل رأسه بالسدر والخطمي ونحوهما . لما فيه من إزالة الشعث والتعرض لقلع الشعر . وكرهه جابر بن عبد الله ومالك ، والشافعي وأصحاب الرأي . فإن فعل فلا قدية عليه ، وهذا قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وعن أحمد عليه الفدية ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . وقال أصحابه : عليه صدقة . لأن الخطمي تستلذ راحته وتزيل الشعث وتقتل الحوام . فوجبت به الفدية كالورس .

ولنا . أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في المحرم الذي وقصه بغيره « أغسلوه بماء وسدر وكفنفوه في ثوبيه ولا تحنطوه ولا تخمروا رأسه . فإنه يبعث يوم القيامة

ملبياً ، متفق عليه . فأمر بفسله بالسدر مع إثبات حكم الإحرام في حقه . والخطمى كالسدر . ولأنه ليس بطيب . فلم تجب القدية باستعماله كالتراب . وقولهم تستلذ رائحته ممنوع . ثم يبطل بالفاكة وبعض التراب ، وإزالة الشعث تحصل بذلك أيضاً وقتل الموام لا يعلم حصوله ، ولا يصح قياسه على الورس . لأنه طيب . ولذلك لو استعمله في غير الغسل أو في ثوب منع منه ، بخلاف مسألتنا .

« مسألة » قال (ولا يلبس القمص ولا السراويل ولا البرنس) .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من لبس القمص والعمامة والسراويلات والخفاف والبرانس .

والأصل في هذا : ما روى ابن عمر « أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما يلبس المحرم من الثياب ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يلبس القمص ولا العمامة ، ولا السراويلات ، ولا البرانس ، ولا الخفاف إلا أحداً لا يحمّد نعلين فليلبس الخفين وليقطعهما أسفل من الكعبين . ولا يلبس من الثياب شيئاً منه الزعفران ولا الورس » متفق عليه : نص النبي صلى الله عليه وسلم على هذه الأشياء وألحق بها أهل العلم ما في معناها مثل الجبة والدراعة والثياب وأشباه ذلك . فليس للحرم ستر بدنه بما عمل على قدره ، ولا ستر عضو من أعضائه بما عمل على قدره كالقميص للبدن والسراويل لبعض البدن والقفازين لليدين والخفين للرجلين ونحو ذلك . وليس في هذا كله اختلاف . قال ابن عبد البر : لا يجرز لباس شيء من المحيط عند جميع أهل العلم وأجمعوا على أن المراد بهذا الذكور دون النساء .

« مسألة » قال (قال فإن لم يحمّد إزاراً لبس السراويل ، وإن لم يحمّد نعلين لبس الخفين ولا يقطعهما ولا فداء عليه) .

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن للحرم أن يلبس السراويل إذا لم يحمّد الإزار والخفين إذا لم يحمّد نعلين . وبهذا قال عطاء وعكرمة والثوري ، ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وغيرهم والأصل فيه ما روى ابن عباس قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يخطب بعرفات يقول « من لم يحمّد نعلين فليلبس

الخفّين ومن لم يجد إزاراً فلبس سراويل للمحرم ، متفق عليه وروى جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك أخرجه مسلم ولا فدية عليه في لبسهما عند ذلك في قول من سبنا إلا مالكا وأبا حنيفة قال : على من لبس السراويل الفدية لحديث ابن عمر الذي قدمناه ولأن ما وجبت الفدية بلبسه مع وجود الإزار وجبت مع عدمه كالقميص .

ولنا : خبر ابن عباس وهو صريح في الإباحة ظاهر في إسقاط الفدية لأنه أمر بلبسه ولم يذكر فدية ولأنه يختص بلبسه بحالة عدم غيره فلم تجب به فدية كالخفّين المقطوعين وحديث ابن عمر مخصوص بحديث ابن عباس وجابر . فأما القميص فيمكنه أن يتزر به من غير لبس ويستتر بخلاف السراويل .

(فصل) وإذا لبس الخفّين لعدم النعلين لم يازمه قطعهما في المشهور عن أحمد وروى ذلك عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه وبه قال عطاء وعكرمة وسعيد ابن سالم القداح ، وعن أحمد أنه يقطعهما حتى يكونا أسفل من السكبين فإن لبسهما من غير قطع اقتدى وهذا قول عروة بن الزبير ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي لما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « فمن لم يجد نعلين فلبس الخفّين وليقطعهما حتى يكونا أسفل من السكبين » متفق عليه وهو متضمن لزيادة على حديث ابن عباس وجابر ، والزيادة من الثمة مقبولة قال الخطابي : العجب من أحد في هذا فإنه لا يكاد يخالف سنة تبليغه وقالت سنة لم قبله ، واحتج أحمد بحديث ابن عباس وجابر « من لم يجد نعلين فلبس خفين » مع قول علي رضى الله عنه قطع الخفّين فساد ، يلبسهما كما هما مع موافقة القياس فإنه ملبوس أبيض لعدم غيره فأشبه السراويل وقطعه لا يخرج عن حالة الحظر فإن لبس المقطوع محرم مع القدرة على النعلين كلبس الصحيح وفيه إتلاف ماله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعته ، فأما حديث ابن عمر فقد قيل إن قوله وليقطعهما من كلام نافع كذلك زويناه في أمالي أبي القاسم بن بشران بإسناد صحيح أن نافعا قال بعد روايته للحديث : وليقطع الخفّين أسفل من السكبين . وروى ابن أبي موسى عن صفية بنت أبي عبيد عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خص للمحرم أن يلبس الخفّين ولا يقطعهما ، وكان ابن عمر

يفتى بقطعهما قالت صفية فلما أخبرت بهذا رجع ، وروى أبو حفص في شرحه باسناده عن عبد الرحمن بن عوف أنه طاف وعليه ختان فقال له عمر والخفان مع الغباء فقال قد لبستهما مع من هو خير منك يعني رسول الله صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن يكون الأمر بقطعهما منسوخا فان عمرو بن دينار روى الحديث جميعا وقال أنظروا أيهما كان قبل . قال الدارقطني قال أبو بكر النيسابوري حديث ابن عمر قبل : لأنه قد جاء في بعض رواياته قال نادى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد يعني بالمدينة فسكأنه كان قبل الإحرام وفي حديث ابن عباس يقول . سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب بعرفات يقول « من لم يجد نعلين فليلبس خفين » فيدل على تأخره عن حديث ابن عمر فيسكون ناسخا له لأنه لو كان القطع واجبا لبينه للناس إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه والمفهوم من إطلاق لبسهما لبسهما على حالهما من غير قطع والأولى قطعهما عملا بالحديث الصحيح وخروجا من الخلاف وأخذاً بالاحتياط .

(فصل) فان لبس المقطوع مع وجود النعل فعليه الفدية وليس له لبسه نص عليه أحمد وبهذا قال مالك . وقال أبو حنيفة لا فدية عليه لأنه لو كان لبسه محرما وفيه فدية لم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعهما لعدم الفائدة فيه وهن الشافعي كالمذهبين :

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم شرط في إباحة لبسهما عدم النعلين فدل على أنه لا يجوز مع وجودهما ولأنه لم يخط لعضو على قدره فوجب على المحرم الفدية بلبسه كالنفازين .

(فصل) فأما اللالكة والمجم ونحوهما فقياس قول أحمد أنه لا يلبس ذلك فانه قال لا يلبس النعل التي لها قيد وهذا أشد من النعل التي لها قيد وقد قال في رأس الخنف الصغير لا نلبسه . وذلك لأنه يستر القدم وقد عمل لها على قدرها فأشبه الخنف فان عدم التعلين كان له لبس ذلك ولا فدية عليه . لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأباح لبس الخنف عند ذلك فما دون الخنف أولى .

(فصل) فأما النعل فيباح لبسها كيفما كانت ولا يجب قطع شيء منها . لأن

إباحته وردت مطلقاً وروى عن أحمد في القيد في النعل يفترى لأننا لا نعرف النعال هكذا وقال : إذا أحرمت فافطع المحمل الذي على النعال والعقب الذي يجعل للنعل فقد كان عطاء بقوله فيه دم وقال ابن أبي موسى في الإرشاد في القيد والعقب الندية والقيد هو السير المعتزم عن الزمام . وقال القاض : إنما كرمهما إذا كانا عريضين وهذا هو الصحيح . فإنه إذا لم يجب قطع الخفين ، نسأتين للقدمين ، الساقين فقطع سير النعل أولى أن لا يجب ، وإن ذلك معتاد في النعل فلم يجب إزالته كسائر زيورها . لأن قطع القيد والعقب ربما اتعدر معه الشيء في التعلين لسقوطهما بزوال ذلك فلم يجب كقطع القبال .

(فصل) وإن وجد نعل لم يمكنه لبساً فله لبس الخف ولا فدية عليه . لأن ما لا يمكن استعماله كالعدوم كالوكانت النعل لغيره أو صغيرة وكالماء في التيمم والرقبة التي لا يمكنه عتقها . ولأن العجز عن لبسها قام مقام التعمد في إباحة لبس الخف فكذلك في إسقاط الفدية والمنصوص أن عليه الفدية لقوله : من لم يجد نعلين فليلبس الخفين ، وهذا واجد .

(فصل) وليس للمحرم أن يعقد عليه الرداء ولا غيره إلا الإزار والحميان وليس له أن يجعل لذلك زراً وعروة ولا يثله بشوكة ولا إبرة ولا خيط . لأنه في حكم الخيط ، روى الأثرم عن مسلم بن جندب عن ابن عمر قال : جاء رجل يسأله وأنا معه أخالف بين طرفي ثوبي من زرائي ثم أعقده وهو محرم . فقال ابن عمر : لا تعقد عليه شيئاً ، وعن أبي حميد مولى ابن عباس أن ابن عباس قال له يا أبا عبد زر علي جلباسي وهو محرم فقال له كنت تمكره فقال : قال : إني أريد أن أفترى ولا بأس أن يفتش بالقميص ويرتدى به ويرتدى برداء موصل ولا يعقده . لأن المنهي عنه الخيط على قدر العضو .

(مجموع) ويجوز أن يعقد إزاره عليه . لأنه يحتاج إليه لستر العورة فيباح كاللباس للمرأة وإن شد وسطه بالمنديل أو بحبل أو سراويل جاز إذا لم يعقده . وقال أحمد في محرم جزم عمامة على وسطه لا تعقدها ويدخل بعضها في بعض . قال طائفة : رأيت ابن عمر يطوف بالبيت وعليه عمامة قد شدتها على وسطه فأدخلها

هكذا ولا يجوز أن يشق أسفل إزاره نصفين ويعقد كل نصف على ساق . لأنه يشبه السراويل ولا يلبس الزان لأنه في معناه ولأنه معمول على قدر العضو الملبوس فيه فأشبهه الخف .

مسألة ، قال (ويلبس الهميان ويدخل السيور بعضها في بعض ولا يعتقدها)

وجلة ذلك : أن لبس الهميان مباح للمحرم في قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد وطاوس والقاسم والنخعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، قال ابن عبد البر : أجاز ذلك جماعة فقهاء الأمصار متقدموهم ومتأخروهم وحتى أمكنه أن يدخل السيور بعضها في بعض ويثبت بذلك لم يعتقه لأنه لا حاجة إلى عقده ، وإن لم يثبت إلا بعقده عقده نص عليه أحمد وهو قول إسحاق ، وقال إبراهيم : كانوا يرخصون في عقد الهميان للمحرم ولا يرخصون في عقد غيره وقالت عائشة أوثق عليك نفقتك ، وذكر القاضي في الشرح أن ابن عباس قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم للمحرم في الهميان أن يربطه إذا كانت فيه نفقته ، وقال ابن عباس : أوثقوا عليكم نفقاتكم ورخص في الخاتم والهميان للمحرم ، وقال مجاهد عن ابن عمر أنه سئل عن المحرم يشد الهميان عليه . فقال : لا بأس به إذا كانت فيه نفقته يستوثق من نفقته ولأنه مما تدعو الحاجة إلى شده فجاز كعقد الإزار فإن لم يكن في الهميان نفقة لم يحز عقده لعدم الحاجة إليه وكذلك المنطقة ، وقد روى عن ابن عمر أنه كره الهميان والمنطقة للمحرم . وكرهه نافع مولاه وهو محمول على ما ليس فيه نفقة لما تقدم من الرخصة فيما فيه النفقة وسئل أحمد عن المحرم يلبس المنطقة من وجع الظهر أو حاجة إليها . قال : يفتدى ، فقيل له أفلا تكون مثل الهميان ؟ قال : لا . وعن ابن عمر أنه كره المنطقة للمحرم وأنه أباح شد الهميان إذا كانت فيه النفقة والفرق بينهما أن الهميان تكون فيه النفقة والمنطقة لا نفقة فيها فأبيح شد ما فيه النفقة للحاجة إلى حفظها ولم يبيح شد ما سوى ذلك فإن كانت فيها نفقة أو لم يكن فيها نفقة فهما سواء . وقد قالت عائشة في المنطقة للمحرم أوثق عليك نفقتك فرخصت فيها إذا كانت فيها النفقة ، ولم يبيح أحمد شد المنطقة لوجع الظهر إلا أن يفتدى .

لأن المنطقة ليست معدة لذلك ولأنه فعل المحظور في الإحرام لدفع الضرر عن نفسه أشبهه من لبس المخيط لدفع البرد أو حلق رأسه لإزالة أذى القمل أو تطيب لأجل المرض .

د مسألة ، قال (وله أن يحتجم ولا يقطع شعراً)

أما الحجامة إذا لم يقطع شعراً فباحة من غير فدية في قول الجمهور لأنه تداو بإخراج دم فأشبهه الفصد وبط الجرح . وقال مالك لا يحتجم إلا من ضرورة وكان الحسن يرى في الحجامة دمًا .

ولنا : أن ابن عباس روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وهو محرم ، متفق عليه . ولم يذكر فدية ولأنه لا يترفع بذلك فأشبهه شرب الأدوية ، وكذلك الحكم في قطع العضو عند الحاجة والختان ، كل ذلك مباح من غير فدية . فإن احتاج في الحجامة إلى قطع شعر فله قطعه لما روى عبد الله بن بختة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم بلحى جبل في طريق مكة ، وهو محرم وسط رأسه متفق عليه ، ومن ضرورة ذلك قطع الشعر ، ولأنه يباح حلق الشعر لإزالة أذى القمل . فكذلك ههنا وعليه الفدية : وهذا قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر ، وقال صاحب أبي حنيفة : يتصدق بشيء . »

ولنا : قوله تعالى (٢ . ١٩٦) فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية (الآية) : ولأنه حلق شعر لإزالة ضرر غيره فلزمته الفدية كما لو حلقه لإزالة قمل ، فأما إن قطع عضواً عليه شعر أو جلدة عليها شعر فلا فدية عليه لأنه زال تبعاً لما لا فدية فيه .

د مسألة ، قال (ويتقلد بالسيف عند الضرورة)

وجملة ذلك : أن المحرم إذا احتاج إلى تقلد السيف فله ذلك وبهذا قال مالك وأباح عطاء والشافعي وابن المنذر تقلده وكرهه الحسن والأول أولى . لما روى أبو داود بإسناده عن البراء قال لما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل الحديبية صالحهم على أن لا يدخلوها إلا بجلبان السلاح (القراب بما فيه) وهذا

ظاهر في إباحة حمله عند الحاجة - لأنهم لم يكونوا يأمنون أهل مكة أن ينقضوا العهد ويغفروا الذمة واشتروطوا حمل السلاح في قرابه . فأما من غير خوف ، فإن أحمد قال : لا إلا من ضرورة . وإنما منع منه . لأن ابن عمر قال . لا يحمل المحرم السلاح في الحرم والقياس لإباحته لأن ذلك ليس هو في معنى اللبوس المنصوص على تحريمه ولذلك لو حمل قربة في عنقه لا يحرم عليه ذلك ولا فدية عليه فيه . وسئل أحمد عن المحرم يلتقي جراه في رقبتـه كهـيئة القرـبة قال : أرجو أن لا يكون به بأس .

مسألة ، قال (وإن طرح على كـتفيه القباء والدواج فلا يدخل يديه في الكـبـين)

ظاهر هذا اللفظ إباحة لبس القباء ما لم يدخل يديه في كـيـه وهو قول الحسن وعطاء وإبراهيم وبه قال أبو حنيفة . وقال القاضي وأبو الخطاب إذا أدخل كـتـفـيـه في القباء فعليه الفدية وإن لم يدخل يديه في كـيـه وهو مذهب مالك والشافعي لأنه يحيط لبسه المحرم على المادة في لبسه فلزمته الفدية إذا كان عامداً كالقميص وروى ابن المنذر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الآقية ، ووجه قول الخرق ما تقدم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مسألة : إن لم يجد إزاراً لبس السراويل ، وإن لم يجد فعلى لبس الخفين . ولأن القباء لا يحيط بالبدن فلم تلزمه الفدية بوضعه على كـتـفـيـه إذا لم يدخل يديه في كـيـه كالقميص يتشع به . وقياسهم منقوض بالرداء الموصل ، والخبر محمول على لبسه مع إدخال يديه في كـيـه :

مسألة ، قال (ولا يظلل على رأسه في المحمل فإن فعل فعليه دم)

كره أحمد الاستظلال في المحمل خاصة ، وما كان في معناه كالهودج والمارية والكبيسة ونحو ذلك على البعير وكره ذلك ابن عمر ومالك وعبد الرحمن بن مهدي وأهل المدينة وكان سفيان بن عيينة يقول : لا يستظل البتة : ورخص فيه ربيعة والثوري والشافعي وروى ذلك عن عثمان وعطاء لما روت أم الحصين قالت : حججت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة الوداع فآيت أسامة

وبللا وأحدهما أخذ بخطام ناقة النبي صلى الله عليه وسلم والآخر رافع ثوبه يستره من الحر حتى رى جمره العقبة ، رواه مسلم وغيره ، ولأنه يباح له التظلل في البيت والخباء لجواز في حال الركوب كالحلال ، ولأن ما حل للحلال حل للحرم إلا ما قام على تحريمه دليل واحتج أحمد بقول ابن عمر روى عطاء قال رأى ابن عمر على رجل عمر بن عبد الله بن أبي ربيعة عوداً يستره من الشمس فنهاه ، وعن نافع عن ابن عمر أنه رأى رجلاً محرماً على رجل قد رفع ثوباً على عود يستتر به من الشمس فقال : اضح لمن أحرمت له (أى ابرز للشمس) رواهما الأثرم ولأنه ستر بما يقصد به الترفه أشبه ما لو غطاه ، والحديث ذهب إليه أحمد فلم يسره أن يستتر بثوب ونحوه فإن ذلك لا يقصد للإستدامة ، والهودج بخلافه ، والخيمة والبيت يرادان لجمع الرجل وحفظه لا للترفه ، وظاهر كلام أحمد : أنه إنما كره ذلك كراهة تنزيه لوقوع الخلاف فيه وقول ابن عمر ، ولم ير ذلك حراماً ولا موجباً لقضية . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن المحرم يستظل على المحمل ؟ قال لا وذكر حديث ابن عمر : اضح لمن أحرمت له ، قيل له فإن فعل يهريق دماً ؟ قال أما الدم فلا ، قيل : فإن أهل المدينة يقولون خليه دم ، قال نعم أهل المدينة يغلظون فيه وقد روى ذلك عن أحمد وهو اختيار الحرقي لأنه ستر رأسه بما يستدام ويلزمه غالباً فأشبهه ما لو ستره بشيء يلاقيه ، ويروى عن الرياشي قال : رأيت أحمد بن المعدل في الموقف في يوم حر شديد وقد ضحى للشمس فقلت له يا أبا الفضل : هذا أمر قد اختلف فيه فلو أخذت بالتوسعة فأنشأ يقول :

ضحيت له كي أستظل يظله إذا الظل أضفى في القيامة قالها

فوا أسفاً إن كان سعيك باطلاً وبأحسرتا إن كان حجك ناقصاً

(فصل) ولا بأس أن يستظل بالسقف والحائط والشجرة والخباء ، وإن نزل تحت شجرة فلا بأس أن يطرح عليها ثوباً يستظل به عند جميع أهل العلم وقد صح به النقل ، فإن جابراً قال في حديث حجة النبي صلى الله عليه وسلم وأمر بقبة من شعر فضربت له بنمرة فأتى عرفة فوجد القبة قد ضربت له بنمرة فنزل بها حتى إذا زاغت الشمس ، رواه مسلم وابن ماجه وغيرهما ، ولا بأس أيضاً أن يتعصب

حياله ثوباً يقيه الشمس والبرد ، إما أن يمسكه إنسان أو يرفعه على عود على نحو ما روى في حديث أم الحصين أن بلالا أو أسامة كان رافعاً ثوباً يستر به النبي صلى الله عليه وسلم من الحسر ، ولأن ذلك لا يقصد به الاستدانة فلم يكن به بأس كالاستغلال بحائط .

«مسألة ، قال (ولا يقتل الصيد ولا يصيده ولا يشير إليه ولا يدل عليه جلالاً ولا حراماً) .

لا خلاف بين أهل العلم في تحريم قتل الصيد واصطياده على المحرم وقد نص الله تعالى عليه في كتابه فقال سبحانه (٥ : ٥٩ يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرمة) وقال تعالى (٥ : ٩٥ وحرمة عليكم صيد البر ما دمتم حرماً) وتحريم عليه الإشارة إلى الصيد والدلالة عليه فإن في حديث أبي قتادة لما صاد الحمار الوحشي وأصحابه يحرمون قال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟ » وفي لفظ متفق عليه « فأبصروا حماراً وحشياً وأنا مشغول أخصف نعلى فلم يؤذونى وأحبوا أنى أبصرته » وهذا يدل على أنهم اعتقدوا تحريم الدلالة عليه وسؤال النبي صلى الله عليه وسلم لهم « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟ » يدل على تعلق التحريم بذلك لو وجد منهم ، ولأنه تسبب إلى محرم عليه فحرم كمنصبه الاحبولة .

(فصل) ولا تلحق له الإغانة على الصيد بشيء ، فإن في حديث أبي قتادة المتفق عليه : ثم ركبت ونسيت السوط والرحم فقلت لهم ناولوني السوط والرحم . قالوا والله لا نعينك عليه ، وفي رواية فاستعنتهم فأبوا أن يعينوني . وهذا يدل على أنهم اعتقدوا تحريم الإغانة والنبي صلى الله عليه وسلم أقرم على ذلك ولأنه إغانة على محرم فحرم كالإغانة على قتل الآدى .

(فصل) ويضمن الصيد بالدلالة فإذا دل المحرم جلالاً على الصيد فأنافه فالجزاء كله على المحرم . روى ذلك عن علي وابن عباس وعطاء ومجاهد وبكر المزني وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال مالك والشافعي لا شيء على الدال . لأنه يضمن بالجناية فلا يضمن بالدلالة كالآدى .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم لأصحاب أبي قتادة « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟ » ولأنه سبب يتوصل به إلى إتلاف الصيد ، فتعلق به الضمان . كالأمر بنصب أجولة ، ولأنه قول علي وابن عباس . ولا نعرف لها مخالفاً في الصحابة .

(فصل) فإن دل محرماً على الصيد فقتله فالجزاء بينهما ، وبه قال عطاء وحماد ابن أبي سليمان ، وقال الشعبي وسعيد بن جبير والحارث العكلي وأصحاب الرأي : على كل واحد جزاء . لأن كل واحد من الفعلين يستقل بجزاء كامل إذا كان منفرداً ، فكذلك إذا انضم إليه غيره ، وقال مالك والشافعي : لا ضمان على الدال . ولنا : أن الواجب جزاء المتلف وهو واحد ، فيكون الجزاء واحداً ، وعلى قول مالك والشافعي ما سبق . ولا فرق في جميع ذلك بين كون المدلول ظاهراً أو خفياً لا يراه إلا بالدلالة عليه ، ولو دل محرم محرماً على صيد ثم دل الآخر آخر ثم كذلك إلى عشرة فقتله العاشر . كان الجزاء على جميعهم ، وإن قتله الأول لم يضمن غيره . لأنه لم يدل عليه أحد . فلا يشاركه في ضمانه أحد ، ولو كان المدلول رأى الصيد قبيل الدلالة والإشارة فلا شيء على الدال والمشير . لأن ذلك لم يكن سبباً في تلفه ، ولأن هذه ليست دلالة على الحقيقة ، وكذلك إن وجد من المحرم حدث عند رؤية الصيد من ضحك أو استشراف إلى الصيد فقطن له غيره فصاده . فلا شيء على المحرم . بدليل ما جاء في حديث أبي قتادة قال « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حتى إذا كنا بالقاحة ، ومننا المحرم ومننا غير المحرم ، إذ بصرت بأصحابي يتراءون شيئاً . فنظرت فإذا حمار وحش — وفي لفظ : فيينا أنا مع أصحابي يضحك بعضهم إذ نظرت فإذا أنا بحمار وحش ، وفي لفظ : فلما كنا بالصفاح فإذا هم يتراءون — فقالت : أي شيء تنظرون ؟ فلم يخبروني » متفق عليه .

(فصل) فإن أعار قاتل الصيد سلاحاً فقتله به . فهو كما لو دله عليه ، سواء كان المستعار مما لا يتم قتله إلا به ، أو أعاره شيئاً هو مستغن عنه . مثل أن يعيره رجلاً ومعه ربح ، وكذلك لو أعاره عليه بمناولته سوطه أو رمح ، أو أمره باصطياده ،

لما ذكرنا من حديث أبي قتادة وقول أصحابه : والله لا نعينك عليه بشيء ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : هل منكم أحد أمره أن يحمل عايباً أو أشار إليها ، وكذلك إن أعاره سكيناً فذبح بها . فإن أعاره آلة ليستعملها في غير الصيد فاستعملها في الصيد لم يضمن ، لأن ذلك غير محرم عليه ، فأشبه ما لو ضحك عند رؤية الصيد ففطن له إنسان فصاده .

(فصل) وإن دل الحلال محرماً على الصيد فقتله . فلا شيء على الحلال لأنه لا يضمن الصيد بالإتلاف في الدلالة أولى ، إلا أن يكون ذلك في الحرم فيشاركه في الجزاء لأن صيد المحرم حرام على الحلال والحرام . نص عليه أحمد .

(فصل) وإن صاد المحرم صيداً لم يمسكه ، فإن تلف في يده فعليه جزاؤه ، وإن أمسكه حتى حل لزمه إرساله وليس له ذبحه ، فإن فعل أو تلف الصيد ضمنه وحرم أكله . لأنه صيد ضمنه بحرمة الإحرام فلم يبيع أكله ، كما لو ذبحه حال إحرامه ، ولأنها ذكاة منع منها بسبب الإحرام . فأشبه ما لو كان الإحرام باقياً ، واختار أبو الخطاب أن له أكله وعليه ضمانه . لأنه ذبحه وهو من أهل ذبح الصيد . فأشبه ما لو صاده بعد الحل . والفرق ظاهر . لأن هذا يلزمه ضمانه والذي صاده بعد الحل لا ضمان عليه فيه .

« مسألة » قال (ولا يأكله إذا صاده الحلال لأجله)

لا خلاف في تحريم الصيد على المحرم إذا صاده أو ذبحه . وقد قال الله تعالى (٥ : ٩٦) وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً) وإن صاده حلال وذبحه . وكان من المحرم إعانة فيه ، أو دلالة عليه ، أو إشارة إليه لم يبيع أيضاً ، وإن صيد من أجله لم يبيع له أيضاً أكله ، وروى ذلك عن عثمان بن عفان ، وهو قول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : له أكله . لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي قتادة : هل منكم أحد أمره أو أشار إليه بشيء ؟ قالوا : لا . قال : فمكثوا ما بقي من لحما ، متفق عليه . فدل على أن التحريم إنما يتعلق بالإشارة والأمر والإعانة ، ولأنه صيد مذكي لم يحصل فيه ولا في سببه صنع منه . فلم يحرم عليه أكله كما لو لم يصد له :

وحكى عن علي وابن عمر وعائشة وابن عباس : أن لحم الصيد يحرم على المحرم بكل حال ، وبه قال طاوس وكرهه الثوري وإسحاق لعموم قوله (٥ : ٩٦) وحرم عليكم صيد البر ما دمنتم حرماً (وروى عن ابن عباس عن الصعب بن جثامة الليثي ، أنه أهدى إلى النبي صلى الله عليه وسلم حماراً وحشياً : وهو بالأبواء أو بودان فرده عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم . فلما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما في وجهه قال : أنا لم زده عليك إلا أنا حرم ، متفق عليه ، وفي لفظ ، أهدى الصعب ابن جثامة إلى النبي صلى الله عليه وسلم رجل حمار ، وفي رواية : « بجز حمار » وفي رواية « شق حمار » روى ذلك كله مسلم . وروى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن الحارث عن أبيه قال « كان الحارث خليفة عثمان على الطائف . فصنع له طعاماً ، وصنع فيه الحجل واليعاقب ولحم الوحش . فبعث إلى علي بن أبي طالب ، فجاءه . فقال : أظنهم قوماً حلالاً . فإنا حرم . ثم قال علي : أنشد الله من كان ههنا من أشجع . أتعلون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدى إليه رجل حمار وحش فأبى أن يأكله ؟ قالوا : نعم » ولأنه لحم صيد فحرم على المحرم كما لو دل عليه .

ولنا : ما روى جابر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « صيد البر لكم حلال ما لم تصيدوه أو يصد لكم » رواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال : هو أحسن حديث في الباب : وهذا صريح في الحكم . وفيه جمع بين الأحاديث وبيان المختلف منها . فإن ترك النبي صلى الله عليه وسلم للأكل مما أهدى إليه يَحْتَمِلُ أن يكون لعله أنه صيد من أجسه أو ظنه . ويتعين حمله على ذلك ، لما قدمت من حديث أبي قتادة وأمر النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه بأكل الحمار الذي صاده ، وعن طلحة « أنه أهدى له طير وهو راقد ، فأكل بعض أصحابه وهم محرمون . وتورع بعض ، فلما استيقظ طلحة وافق من أكله وقال : « أكلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه مسلم وفي الموطأ « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يريد مكة وهو محرم ، حتى إذا كان بالروحاء إذا حمار وحشي عقير ، فجاء الهزلي وهو صاحبه . فقال : يا رسول الله ، شأنك بهذا الحمار . فأمر

رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمه بين الرفاق ، وهو حديث صحيح .
وأحاديثهم إن لم يكن فيها ذكر أنه صيد من أجلهم فتعين ضم هذا القيد إليها
لحديثنا ، وجما بين الأحاديث ، ودفعنا للتناقض عنها ، ولأنه صيد للمحرم فحرم
كالو أمر أو أعان .

(فصل) وما حرم على المحرم لكونه صيد من أجله أو دل عليه أو أعان عليه
لم يحرم على الحلال أكله . لقول علي : أطعموه حلالا ، وقد بينا حله على أنه صيد
من أجلهم ، وحديث الصعب بن جثامة حين رد النبي صلى الله عليه وسلم الصيد عليه
ولم ينه عن أكله . ولأنه صيد حلال ، فأبيح للحلال أكله كالو صيد لهم .
وهل يباح أكله لمحرم آخر ؟ ظاهر الحديث : لإباحته له لقوله : صيد البر لكم
حلال ما لم تصيدوه أو يصد لكم ، وهو قول عثمان بن عفان رضي الله عنه . لأنه
روى : أنه أهدى إليه صيد وهو محرم ، فقال لأصحابه : كلوا ولم يأكل هو .
وقال : إنما صيد من أجلي ، ولأنه لم يصد من أجله . فحل له كالو صاده الحلال
لنفسه ، ويحتمل أن يحرم عليه . وهو ظاهر قول علي رضي الله عنه . لقوله
: أطعموه حلالا فإنما حرم ، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي قتادة
: هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟ قالوا : لا . قال : فسكاه ،
ففهو ما أن إشارة واحد منهم تحرمه عليهم .

(فصل) إذا قتل المحرم الصيد ثم أكله ضمنه للقتل دون الأكل . وبه قال
مالك والشافعي ، وقال عطاء وأبو حنيفة . يضمنه للأكل أيضا . لأنه أكل من
صيد محرم عليه . فيضمنه كالو أكل مما صيد لأجله .

ولنا . أنه صيد مضمون بالجزاء فلم يضمن ثانيا ، كالو أكله بغير الأكل ،
وكصيد المحرم إذا قتله الحلال وأكله . وكذلك إن قتلته محرم آخر ثم أكل هذا
منه لم يجب عليه الجزاء لما ذكرنا ، ولأن تحريمه لكونه ميتة ، والميتة
لا تضمن بالجزاء ، وكذلك إن حرم عليه أكله للدلالة عليه والإعانة عليه فأكل منه
لم يضمن . لأنه صيد مضمون بالجزاء مرة . فلا يجب به جزاء ثان كالو أكله ،
وإن أكل مما صيد لأجله ضمنه ، وهو قول مالك وقاله الشافعي في القديم .

وقال في الجديد : لا جزاء عليه : لأنه أكل للصيد ، فلم يجب به الجزاء كما لو قتله ثم أكله .

ولنا : أنه إلتلاف بمنوع منه لحرمه الإحرام فتعلق به الضمان كالقتل . أما إذا قتله ثم أكله لا يحرم اللاتلاف إنما حرم لكونه ميتة .

إذا ثبت هذا فإنه يضمه بمثله من اللحم . لأن أصله مضمون بمثله من النعم ، فكذلك أبعاضه تضمن بمثلها ، بخلاف حيوان الآدى . فإنه يضمن بقيمته فكذلك أبعاضه .

(فصل) وإذا ذبح المحرم الصيد صار ميتة يحرم أكله على جميع الناس ، وهذا قول الحسن والقاسم وسالم ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال الحكم والثوري وأبو ثور : لا بأس بأكله . قال ابن المنذر : هو بمنزلة ذبيحة اسارق . وقال عمرو بن دينار وأيوب السخيتاني يأكله الحلال ، وحكى عن الشامي قول قديم : أنه يحل لغيره الأكل منه . لأن من أباحت ذكاته غير الصيد أباحت الصيد كالحلال .

ولنا : أنه حيوان حرم عليه ذبحه لحق الله تعالى . فلم يحل بذبحه كالمجوس ، وبهذا فارق سائر الحيوانات ، وفارق غير الصيد ، فإنه لا يحرم ذبحه . وكذلك الحكم في صيد الحرم إذا ذبحه الحلال .

(فصل) وإذا اضطر المحرم فوجد صيداً وميتة أكل الميتة ، وبهذا قال الحسن والثوري ومالك وقال الشافعي وإسحاق وابن المنذر : يأكل الصيد . وهذه المسألة مبنية على أنه إذا ذبح الصيد كان ميتة فيساوى الميتة في التحريم (١) ويمتاز بإيجاب الجزاء وما يتعلق به من هتك حرمة الإحرام . فلذلك كانه أكل الميتة أولى إلا أن لا تطيب نفسه بأكلها فيأكل الصيد كما لو لم يجد غيره .

(١) فيه أن الميتة محرمة لذاتها والصيد محرم لسبب عارض ، وقوله : إن تذكية المحرم له تجعله كالمتة ليس نصاً من الشارع ، وإنما هي كلمة فقيه ، لا تصحح إلا من باب التشبيه ، ثم إن أكل الميتة ضار في الغالب ، والتعرض للضرر حرام في نفسه .

« مسألة ، قال (ولا يطيب المحرم)

أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من الطيب : وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم في المحرم الذي وقصته راحته « لا تمسوه بطيب » رواه مسلم ، وفي لفظ « لا تمسوه » ، متفق عليه : فلا منع للميت من الطيب لإحرامه فالحى أولى . ومنى تطيب فعليه الفدية . لأنه استعمل ما حرمه الإحرام . فوجبت عليه الفدية كاللباس . ومعنى الطيب : ما تطيب رائحته ويتخذ للشم كالمسك والعنبر والكافور والغالية والزعفران وماء الورد والأدهان المطيبة ، كدهن البنفسج ونحوه .

(فصل) والنبات الذى تستطاب رائحته على ثلاثة أضرب :

أحدها : ما لا ينبت للطيب ولا يتخذ منه كنبات الصحراء من الشيع والقيصوم والخزامى والفواكه كلها من الأترج والتفاح والسنبل والورد وغيره ، وما ينبت الأدميون لغير قصد الطيب كالحناء والعصفر فباح شمه ولا فدية فيه . ولا نعلم فيه خلافاً إلا ما روى عن ابن عمر ، أنه كان يكره للمحرم أن يشم شيئاً من نبات الأرض من الشيع والقيصوم وغيرهما ، ولا نعلم أحداً أوجب في ذلك شيئاً . فإنه لا يقصد الطيب ولا يتخذ منه طيب . أشبه سائر نبات الأرض ، وقد روى أن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم كن يحرمن في المعصفرات ،

الثانى : ما ينبت الأدميون للطيب ولا يتخذ منه طيب كالريحان الفارسى والمرزنجوش والزعفران والبرغم فقيه وجهان : أحدهما : يباح بغير فدية ، قاله عثمان ابن عفان وابن عباس والحسن ومجاهد وإسحاق . والآخر : يحرم شمه ، فإن فعل فديته الفدية ، وهو قول جابر وابن عمر والشافعى وأبى ثور . لأنه يتخذ للطيب . فأشبه الورد ، وكرمه مالك وأصحاب الرأى ولم يوجبوا فيه شيئاً . وكلام أحمد فيه محتمل لهذا . فإنه قال في الريحان : ليس من آلة المحرم ، ولم يذكر فديته . وذلك لأنه لا يتخذ منه طيب . فأشبهه العصفر .

الثالث : ما ينبت للطيب ويتخذ منه طيب كالورد والبنفسج والياسمين والخيزرى (١) فهذا إذا استعمله وشمه ففيه الفدية . لأن الفدية تجب فيما يتخذ منه .

فكذلك في أصله ، وعن أحمد رواية أخرى في الورد : لا فدية عليه في شمه . لأنه زهر شمه على جهته . أشبه زهر سائر الشجر ، وذكر أبو الخطاب في هذا والذي قبله روايتين . الأولى : تحريمه ، لأنه ينبت للطيب ويتخذ منه ، أشبه الزعفران والعنبر ، قال القاضي : يقال إن العنبر ثمر شجر وكذلك الكافور .

(فصل) وإن مس من الطيب ما يملق بيده كالفالية وماء الورد والمسك المسحوق الذي يعلق بأصابعه فعليه الفدية ، لأنه مستعمل للطيب . وإن مس ما لا يعلق بيده كالمسك غير المسحوق وقطع الكافور وعنبر فلا فدية ، لأنه غير مستعمل للطيب . فإن شمه فعليه الفدية لأنه يستعمل هكذا ، وإن شم العود فلا فدية عليه ، لأنه لا يطيب به هكذا .

« مسألة ، قال (ولا يابس ثوباً مسه ورس ولا زعفران ولا طيب) .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في هذا ، وهو قيل جابر رابن عمر ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، قال ابن عبد البر : لا خلاف في هذا بين العلماء ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورد ، متفق عليه . فكل ما صبغ بزعفران أو ورس أو غمس في ماء ورد أو بخر بعود فليس للمحرم لبسه ، ولا الجلوس عليه ، ولا النوم عليه . نص أحمد عليه ، وذلك لأنه استعمال له ، فأشبه لبسه ومتى لبسه أو استعمله فعليه الفدية ، وبذلك قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن كان رطباً يلى بدنه أو يابساً ينفض فعليه الفدية وإلا فلا ، لأنه ليس بمطيب .

ولنا : أنه منهي عنه لأجل الإحرام فلزمته الفدية به كاستعمال الطيب في بدنه . ولأنه محرم استعمال ثوباً عطياً فلزمته الفدية به كالرطب . فإن غسله حتى ذهب ما فيه من ذلك فلا بأس به عند جميع العلماء .

(فصل) وإن انقطعت رائحة الثوب لطول الزمن عليه أو لكونه صبغ بغيره فغلب عليه بحيث لا يفوح له رائحة إذا رش فيه المساء فلا بأس باستعماله لزوال الطيب منه ، وهذا قال سفيان بن المسيب والحنن والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وروى ذلك عن عطاء وطاوس ، وكره ذلك مالك إلا أن يفسل ويذهب لونه ، لأن عين الزعفران ونحوه فيه .

ولنا : أنه إنما نهى عنه من أجل رائحته ، وقد ذهب بالكلية . فأما إن لم يكن له رائحة في الحال لكن كان بحيث إذا رشح فيه ماء فاح ريحه ففيه التذية . لأنه متطيب بطيب ، بدليل أن رائحته تظهر عند رشح الماء فيه ، والماء لا رائحة له ، وإنما هي الصبغ الذي فيه . فأما إن فرش فوق الثوب ثوباً صفيحاً يمنع الرائحة والمباشرة فلا فدية عليه بالجلوس والنوم عليه ، وإن كان الخائل بينهما ثياب بدنه ففيه الفدية لأنه يمنع من استعمال الطيب في الثوب الذي عليه كمنعه من استعماله في بدنه .

مسألة ، قال (ولا بأس بما صبغ بالعصر) .

وجلة ذلك : أن العصر ليس بطيب ولا بأس باستعماله وشبهه ، ولا بما صبغ به . وهذا قول جابر وابن عمر وعبد الله بن جعفر بن عتيق بن أبي طالب . وهو مذهب الشافعي ، وعن عائشة وأسماء وأزواج النبي صلى الله عليه وسلم . أنهم كن يحرمن في المعصرات ، وكرهه مالك إذا كان يفتض ثوبه ولم يوجب فيه فدية ومنع منه الثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن . وشبهوه بالمورس والمزعر . لأنه صبغ طيب الرائحة . فأشبه ذلك .

ولنا : ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عمر وأمه سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى النساء في إحرامهن عن القفازين والنقاب ، وما من الورس والزعفران من الثياب ، ولتلبس بعد ذلك ما أحببت من ألوان الثياب ، من معصر أو خز أو حلى أو سراويل أو قميص أو خف ، وروى الإمام أحمد في المناسك بإسناده عن عائشة بنت سعد قالت : كنا أزواج النبي صلى الله عليه وسلم نحرم في المعصرات ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً ، ولأنه ليس بطيب فلم يكره ما صبغ به كالسواد والمصبوغ بالمغرة . وأما الورس والزعفران فإنه طيب بخلاف مسائلنا .

(فصل) ولا بأس بالمشق وهو المصبوغ بالمغرة لأنه مصبوغ بطين لا بطيب وكذلك المصبوغ بسائر الأصباغ سوى ما ذكرنا . لأن الأصل الإباحة إلا ما ورد بالتحريم . وما كان في معناه وليس هذا كذلك . وأما المصبوغ بالرياحين

فهو مبنى على الرياحين في نفسها فما منع المحرم من استعماله منع لبس المصبروخ به إذا ظهرت رائحته وإلا فلا .

« مسألة » قال (ولا يقطع شعراً من رأسه ولا جسده) .

وأجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من أخذ شعره إلا من عذر . والأصل فيه : قول الله تعالى (٢ : ١٩٦) ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدى محله) وروى كعب بن عجرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لعلك يؤذيك هوام رأسك ؟ قال : نعم يا رسول الله : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : احلق رأسك وسم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين ، أو أنسك شاة ، متفق عليه . وهذا يدل على أن الحلق كان قبل ذلك محرماً ، وشعر الرأس والجسد في ذلك سواء .

(فصل) فإن كان له عذر من مرض أو وقع في رأسه قمل أو غير ذلك مما يتضرر بإبقاء الشعر فله إزالته للآية والخبر . قال ابن عباس : (٢ : ١٩٦) فمن كان منكم مريضاً) أى برأسه قروح (أو به أذى من رأسه) أى قمل ، ثم ينظر فإن كان الضرر اللاحق به من نفس الشعر مثل أن يثبت في عينه أو طال حاجباه فغطيا عينيه فله قلع مافي العين وقطع ما استرسل على عينيه ولا فدية عليه . لأن الشعر أذاه فكان له دفع أذيته بنفسه فدية كالصيد إذا صال عليه ، وإن كان الأذى من غير الشعر لكن لا يتمكن من إزالة الأذى إلا بإزالة الشعر كالقمل والقروح برأسه أو صداع برأسه أو شدة الحر عليه لكثرة شعره فعليه الفدية . لأنه قطع الشعر لإزالة ضرر غيره . فأشبهه أكل الصيد للخمسة .

فإن قيل : فالقمل من ضرر الشعر والحر سببه كثرة الشعر

قلنا : ليس القمل من الشعر . وإنما لا يتمكن من المقام في الرأس إلا به فهو محل له لا سبب فيه . وكذلك الحر من الزمان ، بدليل أن الشعر يوجد في زمن البرد فلا يتأذى به . والله أعلم .

« مسألة » قال (ولا يقطع ظفراً إلا أن ينكسر) .

أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من قلم أظفاره إلا من عذر . لأن قطع

الأنظار إزالة جزء يترفع به ، لحرم كإزالة الشعر . فإن انكسر فله إزالته من غير فدية تلام . قال ابن المنذر : أجمع كل من تحفظ عنه من أهل العلم أن للمحرم . أن يزيل ظفره بنفسه إذا انكسر . ولأن ما انكسر يؤذيه ويؤلمه . فأشبهه الشعر الثابت في عينه ، والصيد الصائل عليه . فإن قص أكثر مما انكسر فعليه الفدية لذلك الزائد كما لو قطع من الشعر أكثر مما يحتاج إليه . وإن احتاج إلى مداواة قرحة فلم يمكنه إلا بقص أظفاره فعليه الفدية لذلك . قال ابن القاسم صاحب مالك : لا فدية عليه .

ولنا : أنه أزال ما منع إزالته لضرر في غيره . فأشبهه حلق رأسه دفعاً لضرر قلبه وإن وقع في أظفاره مرض فأزالها لذلك المرض فلا فدية عليه ، لأنه أزالها لإزالة مرضها فأشبهه قصها لكسرها .

• مسألة ، قال (ولا ينظر في المرأة لإصلاح شيء) .

يعنى لا ينظر فيها لإزالة شعث أو تسوية شعر أو شيء من الزينة . قال أحمد ولا بأس أن ينظر في المرأة ولا يصلح شعثاً ولا ينفض عنه غباراً . وقال أيضاً : إذا كان يريد به زينة فلا . قيل : فكيف يريد زينة ؟ قال : يرى شعرة فيسويها . وروى نحو ذلك عن عطاء ، والوجه في ذلك : أنه قد روى في حديث « إن المحرم الأشعث الأغبر » وفي آخره « إن الله يباهى بأهل عرفة ملائكته » فيقول : يا ملائكتي انظروا لما عبادى قد أتوني شعثاً غبراً ضاحين « أو كما جاء لفظ الحديث فإن نظر فيها لحاجة كدداوة جرح أو إزالة شعر يبيت في عينه ونحو ذلك مما أباح الشرع له فعله . فلا بأس ولا فدية عليه بالنظر في المرأة على كل حال وإنما ذلك أدب لا شيء على تاركة : لا نعلم أحداً أوجب في ذلك شيئاً . وقد روى عن ابن عمر وعمر ابن عبد العزيز : أنهما كانا ينظران في المرأة وهما محرمان .

• مسألة ، قال (ولا يأكل من الزعفران ما يجدر به) .

وجملة ذلك : أن الزعفران وغيره من الطيب إذا جعل في مأكول أو مشروب فلم تذهب رائحته لم ييسح للمحرم تناوله نيشاً كان أو قد مسته النار . وبهذا قال (م ١٩ - ج ٣ - المغني)

الشافعي . وكان مالك وأصحاب الرأي : لا يرون بما مست النار من الطعام بأساً ، سواء ذهب لونه وريحه وطعمه أو بقي ذلك كله . لأنه بالطبخ استحال عن كونه طيباً . وروى عن ابن عمر وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وطاوس . أنهم لم يكونوا يرون بأكل الخشكناج الأصفر بأساً . وكرهه القاسم بن محمد وجعفر بن محمد .

ولنا : أن الاستمتاع به والتزفه به حاصل من حيث المباشرة . فأشبهه مالوكان نيشا ولأن المقصود من الطيب رائحته . وهي نافية . وقول من أباح الخشكناج الأصفر محمول على ما لم يبق فيه رائحة . فإن ما ذهبت رائحته وطعمه ولم يبق فيه إلا اللون بما مسته النار لا بأس بأكله . لانعلم فيه خلافاً ، سوى أن القاسم وجعفر بن محمد كرها الخشكناج الأصفر . ويمكن حمله على ما بقيت رائحته ليزول الخلاف فإن لم تمسه النار لسكن ذهب رائحته وطعمه فلا بأس به . وهو قول الشافعي . وكره مالك والحميدي وإسحق وأصحاب الرأي الملع الأصفر ، وفرقوا بين ما مسته النار وما لم تمسه

ولنا : أن المقصود الرائحة فإن الطيب إنما كان طيباً لرائحته لالونه . فوجب دوران الحكم معها دونه

(فصل) فإن ذهب رائحته وبقى لونه وطعمه فظاهر كلام الخرق إباحته لما ذكرنا من أنها المقصود فيزول المنع بزوالها . وظاهر كلام أحمد في رواية صالح : تحريمه . وهو مذهب الشافعي . قال القاضي : محال أن تنفك الرائحة عن الطعام . فتبقى الطعام دل على بقائها فلذلك وجبت الفدية باستعماله

« مسألة » قال (ولا يدهن بما فيه طيب ومالا طيب فيه)

أما المطيب من الأدهان كدهن الورد والبنفسج والزنبق والخيري واللينوفر فليس في تحريم الأدهان به خلاف في المذهب . وهو قول الأوزاعي . وكره مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي الأدهان بدهن البنفسج . وقال الشافعي . ليس بطيب

ولنا : أنه يتخذ للطيب وتقصد رائحته فكان طيباً كما الورد . فأما مالا طيب فيه كالزيت والشيرج والسمن والشحم ودهن البان الساذج ، فنقل الأثر

قال : سمعت أبا عبد الله يسأل عن المحرم يدهن بالزيت والشيرج . فقال : نعم يدهن به إذا احتاج إليه ، ويتداوى المحرم بما يأكل . قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن للمحرم أن يدهن يديه بالشحم والزيت والسمن ، ونقل الأثرم جواز ذلك عن ابن عباس وأبي ذر والأسود بن يزيد وعطاء والضحاك وغيرهم ونقل أبو داود عن أحمد أنه قال : الزيت الذي يؤكل لا يدهن المحرم به رأيه . فظاهر هذا : أنه لا يدهن رأسه بشيء من الأدهان . وهو قول عطاء ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لأنه يزيل الشعث ويسكن الشعر . فأما دهن سائر البدن فلا نعلم عن أحمد فيه منعا . وقد ذكرنا إجماع أهل العلم على إباحته في اليدين ، وإنما الكراهة في الرأس خاصة . لأنه محل الشعر . وقال القاضي . في إباحته في جميع البدن روايتان . فإن فعله فلا فدية فيه في ظاهر كلام أحمد . سواء دهن رأسه أو غيره ، إلا أن يكون مطبياً . وقد روى عن ابن عمر أنه صدع وهو محرم ، فقالوا : ألا ندهنك بالسمن ؟ فقال : لا ، قالوا : أليس تأكله ؟ قال : ليس أكله كالأدهان به ، وعن مجاهد قال : إن تداوى به فعليه الكفارة . وقال الآين منوها من دهن الرأس : فيه الفدية لأنه مزيل للشعث . أشبه مالو كان مطبياً

ولنا : أن وجوب الفدية يحتاج إلى دليل . ولادليل فيه من نص ولا إجماع ولا يصح قياسه على الطيب . فإن الطيب يوجب الفدية ، وإن لم يزل شعثاً . ويستوى فيه الرأس وغيره ، والدهن بخلافه ولأنه مائع لا يجب الفدية باستعماله في اليدين ، فلم تجب باستعماله في الرأس كالماء

د مسألة ، قال (ولا يعتمد لشم الطيب)

أى لا يقصد شمه من غيره بفعل منه ، نحو أن يجلس عند العطارين لذلك ، أو يدخل الكعبة حال تجميرها ليشم طيبها ، أو يحمل معه عقدة فيها مسك ليحمد ريحها ، قال أحمد : سبحانه الله كيف يجوز هذا ؟ وأباح الشافعي ذلك ، إلا العقدة تكون معه يشمها ، فإن أصحابه اختلفوا فيها لأنه يشم الطيب من غيره ، أشبه مالو لم يقصده

ولنا : أنه شم الطيب قاصداً مبتدئاً به في الإحرام لحرم كالو باشره ، يحققه أن القصد شمه لا مباشرته بدليل مالو مس اليا بس الذي لا يعلق بيده لم يكن عليه

شيء . ولو رفعه بخرقه وشبهه لوجبت عليه الفدية ولو لم يباشره ، فأما شمه من غير قصد كالجالس عند العطار لحاجته وداخل السوق أو داخل الكعبة للتبرك بها ومن يشتري طيباً لنفسه وللتجارة ولا يمسسه فغير ممنوع منه . لأنه لا يمكن التحرز من هذا . فعني عنه ، بخلاف الأول

• مسألة ، قال (ولا يغطي شيئاً من رأسه ، والأذنان من الرأس)

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من تخمير رأسه . والأصل في ذلك « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن لبس العمام والبرانس » ، وقوله في المحرم الذي وقصته راحلته « لا تخمروا رأسه فإنه يبعث يوم القيامة ملبياً » ، علل منع تخمير رأسه ببقائه على إحرامه فلم أن المحرم ممنوع من ذلك وكان ابن عمر يقول « إحرام الرجل في رأسه » ، وذكر القاضي في الشرح : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إحرام الرجل في رأسه ، وإحرام المرأة في وجهها » ، وأنه عليه السلام (نهي أن يشد المحرم رأسه بالسير » ، وقول الحرقي « والأذنان من الرأس فائدتاه : تحريم تغطيتهما ، وأباح ذلك الشافعي

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الأذنان من الرأس » ، وقد ذكرناه في الطهارة .

وإذا ثبت هذا : فإنه يمنع من تغطية بعض رأسه ، كما يمنع من تغطية جميعه . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تخمروا رأسه » ، والمنهى عنه يحرم فعل بعضه ولذلك لما قال (٢ : ١٩٦) « لا تخلفوا رءوسكم » حرم حلق بعضه ، وسواء غطاه بالملبوس المعتاد أو بخيره ، مثل إن عصبه بعصابة ، أو شده بسير ، أو جعل عليه قرطاساً فيه دواء أو لا دواء فيه ، أو خضبه بخناء أو طلاه بطين أو نورة ، أو جعل عليه دواء . فإن جميع ذلك ستر له وهو ممنوع منه وسواء كان ذلك لعذر أو غيره فإن العذر لا يسقط الفدية . بدليل قوله تعالى (٢ : ١٩٦) فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية) وقصة كعب بن عجرة ، وبهذا كله قال للشافعي . وكان عطاء يرخس في العصابة من الضرورة ، والصحيح : أنه لا تسقط الفدية عنه بالعذر كما لو لبس قلنسوه من أجل البرد .

(فصل) فإن حمل على رأسه مكتلاً أو طبقاً أو نحوه . فلا فدية عليه ، وبهذا قال عطاء ومالك ، وقال الشافعي : عليه الفدية لأنه ستره .

ولنا : أن هذا لا يقصد به الستر غالباً . فلم تجب به الفدية ، كما لو وضع يده عليه ، وسواء قصد به الستر أو لم يقصد . لأن ما تجب به الفدية لا يختلف بالقصد وعدمه . فكذلك ما لا تجب به الفدية ، واختار ابن عميل وجوب الفدية عليه إذا قصد به الستر . لأن الحيل لا تحيل الحقوق . وإن ستر رأسه يسديه فلا شيء عليه لما ذكرنا ، ولأن الستر بما هو متصل به لا يثبت له حكم الستر ، ولذلك لو وضع يديه على فرجه لم تجزئه في الستر . ولأن المحرم ما مور بمسح رأسه . وذلك يكون بوضع يديه أو لإحداهما عليه ، وإن طلا رأسه بعسل أو صمغ ليجتمع الشعر ويتلبد فلا يتخلله الغبار ولا يصيبه الشعث ولا يقع فيه الدبيب جاز . وهو التلييد الذي جاء في حديث ابن عمر « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يبل ملبداً ، رواه البخاري . وعن حفصة أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، ما شأن الناس حلوا ولم تحلل أنت من عمرتك ، قال : « إني لبدت رأسي . وفقدت هدي . فلا أحل حتى أنحر ، متفق عليهما ، وإن كان في رأسه طيب مما جعله فيه قبل الإحرام فلا بأس . لما روى عن عائشة قالت « كأنني أنظر إلى وبص العليب في رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان على رأس ابن عباس مثل الرب من الغالية وهو محرم .

(فصل) وفي تغطية المحرم وجهه روايتان :

إحداهما : يباح . روى ذلك عن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف وزيد ابن ثابت وابن الزبير وسعد بن أبي وقاص وجابر والقاسم وطاوس والثوري والشافعي والثانية : لا يباح . وهو مذهب أبي حنيفة ومالك . لما روى عن ابن عباس « أن رجلاً وقع عن راحلته فوقصته . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اغسلوه بماء وسدر ، وكفونوه في ثوبيه ، ولا تخمروا وجهه ولا رأسه . فإنه يبعث يوم القيامة يابى ، ولأنه محرم على المرأة لحرم على الرجل كالعليب .

ولنا : ما ذكرنا من قول الصحابة . ولم نعرف لهم مخالفاً في عصرهم . فيكون

إجماعاً . ولقوله عليه السلام : « إجماع الرجل في رأسه » ، وإجماع المرأة في وجهها ، وحديث ابن عباس المشهور فيه (ولا تخمروا رأسه) هذا المتفق عليه ، وقوله (ولا تخمروا وجهه) فقال شعبة : حدثني أبو بشر . ثم سأله عنه بعد عشر سنين فجاء بالحديث كما كان يحدث إلا أنه قال (ولا تخمروا وجهه ورأسه . وهذا يدل على أنه ضعف هذه الزيادة ، وقد روى في بعض ألفاظه (خمروا وجهه ولا تخمروا رأسه) فتعارض الروايتان . وما ذكروه يطل بلبس القفازين .

« مسألة ، قال (والمرأة لإجماعها في وجهها . فإن احتاجت سدلت على وجهها)

وجملة ذلك : أن المرأة يحرم عليها تغطية وجهها في إجماعها كما يحرم على الرجل تغطية رأسه ، لا نعم في هذا خلافاً ، إلا ما روى عن أسماء « أنها كانت تغطي وجهها وهي محرمة » . ويحتمل أنها كانت تغطيه بالسدل عند الحاجة . فلا يكون اختلافاً . قال ابن المنذر : وكرامية البرقع ثابتة عن سعد وابن عمر وابن عباس وعائشة . ولا نعم أحداً خالف فيه ، وقد روى البخاري وغيره أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ولا تنتقب المرأة ولا تلبس القفازين » ، فأما إذا احتاجت إلى ستر وجهها لمرور الرجال قريباً منها فإنها تسدل الثوب من فوق رأسها على وجهها ، وروى ذلك عن عثمان وعائشة . وبه قال عطاء ومالك والثوري والشافعي وإسحاق ومحمد بن الحسن : ولا نعم فيه خلافاً ، وذلك لما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت « كان الركبان يمرون بنا ونحن محرمات مع رسول الله صلى الله عليه وسلم . فإذا حاذونا سدلت إحدانا جلبابها من رأسها على وجهها فإذا جاوزونا كشفناه » . رواه أبو داود والترمذي ، ولأن المرأة حاجة إلى ستر وجهها . فلم يحرم عليها ستره على الإطلاق ، كالعورة ، وذكر القاضي : أن الثوب يكون متجافياً عن وجهها بحيث لا يصيب البشرة ، فإن أصابها ثم زال أو أزالته بسرعة فلا شيء عليه : كما لو أطارت الريح الثوب عن عورة المصلي ثم عاد بسرعة لا تبطل الصلاة ، فإن لم ترفعه مع القدرة افتدت . لأنها استدامت الستر ، ولم أر هذا الشرط عن أحد ، ولا هو في الخبر ، مع أن الظاهر خلافه ، فإن الثوب المسدول لا يكاد يسلم من صابة البشرة . فلو كان هذا شرطاً لبين ، وإنما منعت المرأة من البرقع والنقاب

وفنحوهما عما يعد لستر الوجه . قال أحد : إنما لها أن تسدك على وجهها من فوق . وائس لها أن ترفع الثوب من أسفل ، كأنه يقول : إن الثياب من أسفل على وجهها .

(فصل) ويجتمع في حق المحرمة وجوب تغطية الرأس ، وتحريم تغطية الوجه . ولا يمكن تغطية جميع الرأس إلا بجزء من الوجه . ولا كشف جميع الوجه إلا بكشف جزء من الرأس . فعند ذلك ستر الرأس كله أولى . لأنه أكد . إذ هو عورة لا يختص تحريمه حالة الإحرام . وكشف الوجه بخلافه . وقد أبجنا ستر جملته للحاجة العارضة ، فستر جزء منه لستر العورة أولى :

(فصل) ولا بأس أن تطوف المرأة منتقبة إذا كانت غير محرمة . وطاقت عائشة وهي منتقبة ، وكره ذلك عطاء ثم رجع عنه ، وذكر أبو عبد الله حديث ابن جريج : أن عطاء كان يكره لغير المحرمة أن تطوف منتقبة حتى حدثته عن الحسن ابن مسلم عن صفية بنت شيبة ، أن عائشة طاعت وهي منتقبة ، فأخذ به .

، مسألة ، قال (ولا تكتحل بكحل أسود)

الكحل بالأنهد في الإحرام مكروه للمرأة والرجل . وإنما خص المرأة بالذكر لأنها محل الزينة . وهو في حقها أكثر من الرجل . ويروى هذا عن عطاء والحسن ومجاهد ، قال مجاهد : هو زينة ، وروى عن ابن عمر أنه قال : يكتحل المحرم بكل كل ليس فيه طيب ، قال مالك : لا بأس أن يكتحل المحرم من حريجه في عينيه بالأنهد وغيره ، وروى عن أحمد أنه قال : يكتحل المحرم ما لم يرد به الزينة . قيل له : الرجال والنساء ؟ قال : نعم ، والدليل على كراهته : ما روى عن جابر ، أن علياً قدم من اليمن فوجد فاطمة بمن حل ، فلبست ثياباً صبيهاً واكتحلت . فأنكر ذلك عليها . فقالت : أبي أمرني بهذا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : صدقت ، صدقت ، رواه مسلم وغيره . وهذا يدل على أنها كانت ممنوعة من ذلك ، وروى عن عائشة أنها قالت لامرأة : اكتحلي بأي كل شئت غير الأنهد والأسود ،

إذا ثبت هذا : فإن الكحل بالأنهد مكروه ولا فدية فيه . لا أعلم فيه خلافاً ،

وروت شيمسة عن عائشة قالت : « اشتكيت عني وأنا محرمة . فسالكت عائشة ؟ فقالت : اكتبلي بأى كحل شئت غير الأثمد ، أما لأنه ليس بحرام . ولكننه زينة فنحن نكرهه ، قال الشافعى . إن فعلا فلا أعلم عليهما فيه فدية بشئ . »

(فصل) فأما الكحل بغير الأثمد فلا كراهة فيه ما لم يكن فيه طيب ، لما ذكرنا من حديث عائشة وقول ابن عمر ، وقد روى مسلم عن نبيه بن وهب قال : « خرجنا مع أبان بن عثمان ، حتى إذا كنا بمثل اشتكى عمر بن عبيد الله عينيه ، فأرسل إلى أبان بن عثمان ليسأله . فأرسل إليه : أن أضمدها بالصبر فإن عثمان حدث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرجل إذا اشتكى عينيه وهو محرم ضمدها بالصبر ، ففي هذا دليل على إباحة ما في معناه مما ليس فيه زينة ولا طيب وكان إبراهيم لا يرى بالذورر الأحمر بأساً . »

« مسألة ، قال (ويختنب كل ما يجتنبه الرجل ، إلا في اللباس وتظليل المحمل) قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأه ممنوعة مما منع الرجال إلا بعض اللباس . وأجمع أهل العلم على أن للمحرمه لبس القمص والدروع والسرراويلات والخز والخفاف وإنما كان كذلك لأن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم المحرم بأمر وحكمه عليه يدخل فيه الرجال والنساء ، وإنما استثنى منه اللباس للحاجة إلى ستر المرأة لكونها عورة إلا وجهها . فتجردها ينفضي إلى انكشافها . فأيسح لها اللباس للستر ، كما أيسح للرجال عقد الازار كيلا يسقط فتتكشف العورة ولم يبع عقد الرداء ، وقد روى ابن عمر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى النساء في إحرامهن عن القفازين والنقاب ، وما من الورس والزعفران من الثياب . وتلبس بعد ذلك ما أحببت من ألوان الثياب من معصر أو خز أو حلى أو سراويل أو قميص أو خف ، وهذا صريح والمراد باللباس ههنا : الخيط من التميمص والدروع والسرراويلات والخفاف وما يستر الرأس ونحوه . »

(فصل) ويستحب للمرأة ما يستحب للرجل من الفضل عند الإحرام والنظايب والتنظف . لما ذكرنا من حديث عائشة أنها قالت : « كنا نخرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فضمدها جباهنا بالمسك المطيب عند الإحرام . فإذا عرفت إحدانا سال على وجهها فبأها النبي صلى الله عليه وسلم فلا ينكره عليها ، »

والشابة والكبيرة في هذا سواء ، فإن عائشة كانت تفعله في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وهي شابة .

فإن قيل أليس قد كره ذلك في الجمعة ؟ قلنا : لأننا في الجمعة تقرب من الرجال فيخاف الافتتان بها ، بخلاف مسألتنا . ولهذا يلزم الحج النساء ولا تلزمهن الجمعة . وكذلك يستحب لها قلة الكلام فيها لا ينفع ، والإكثار من التلبية وذكر الله تعالى .

« مسألة ، قال (ولا تلبس القفازين ولا الخلخال وما أشبهه)

القفازان : شيء يعمل لليدين تدخاها فيهما من خرق تسترهما من الحر . مثل ما يعمل للبرد . فيحرم على المرأة لبسه في يديها في حال إحرامها ، وهذا قول ابن عمر . وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والنخعي ومالك وإسحاق ، وكان سعد ابن أبي وقاص يلبس بناته القفازين وهن محرمات . ورخص فيه علي وعائشة وعطاء ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة . وللشافعي كاللذهيين . واحتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لإحرام المرأة في وجهها ، وأنه عضو يجوز ستره بغير الخيط . فجاز ستره به كالرجلين .

ولنا : ما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تنتقب المرأة الحرام ولا تلبس القفازين ، رواه البخاري . وروى أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى النساء في إحرامهن عن القفازين والخلخال » ولأن الرجل لما وحب عليه كشف رأسه تعلق حكم إحرامه بغيره : فنع من لبس الخيط في سائر بدنه . كذلك المرأة لما لزمها كشف وجهها ينبغي أن يتعلق حكم الإحرام بغير ذلك البعض وهو اليدين . وحديثهم المراد به الكشف . فأما الستر بغير الخيط فيجوز للرجل ولا يجوز بالخيط . فأما الخلخال وما أشبهه من الحل مثل السوار والدملاج . فظاهر كلام الحنفية : أنه لا يجوز لبسه . وقد قال أحمد : المحرمة والمتوفى عنها زوجها يتركان الطيب والزينة ، ولهما ماسوى ذلك ، وروى عن عطاء : أنه كان يكره للمحرمة الحرير والحلي . وكرهه الثوري وأبو ثور . وروى عن قتادة أنه كان لا يرى بأساً أن تلبس المرأة الخاتم والقرط وهي محرمة . وكره السوارين والدمالجين والخلخالين . وظاهر مذهب أحمد : الرخصة فيه . وهو قول ابن عمر وعائشة وأصحاب الرأي . قال أحمد في راوية حنبل : تلبس المحرمة الحل والمعصر . وقال عن نافع

« كان نساء ابن عمر وبناته يلبسن الحلي والمعصفر وهن محرمات لا يتكر ذلك عبد الله » وروى أحمد في المناسك عن عائشة أنها قالت « تلبس المحرمة ما تلبس وهي حلال من خزها وقزها وحليها » وقد ذكرنا حديث ابن عمر أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم قال « وتلبس بعد ذلك ما أحببت من ألوان الثياب من معصفر أو خز أو حلي » قال ابن المنذر : لا يجوز المنع منه بغير حجة . ويحمل كلام أحمد والخرق في المنع على الكراهة لما فيه من الزينة ، وشبهه بالكحل بالأند ، ولا فدية فيه كما لا فدية في الكحل . وأما لبس القفازين ففيه الفدية . لأنها لبست مانهية عن لبسه في الإحرام فلزمها الفدية كالنقاب .

(فصل) قال القاضي : يحرم عليها شد يديها بخرق . لأنه ستر لبدنها بما يختص بها . أشبه القفازين ، وكأ لو شد الرجل على جسده شيئاً . وإن لقص يديها من غير شد فلا فدية . لأن المحرم هو اللبس لا تعطيلهما كبदन الرجل .

« مسألة » قال (ولا ترفع المرأة صرتها بالتلبية إلا بمقدار ما تسمع رفيقتها)

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن السنة في المرأة أن لا ترفع صوتها . وإنما عليها أن تسمع نفسها . وبهذا قال عطاء ومالك والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وروى عن سليمان بن يسار قال (السنة عندهم أن المرأة لا ترفع صوتها بالاهلال ، وإنما كره لها رفع الصوت مخافة الفتنة بها . ولهذا لا يسن لها أذان ولا إقامة والمسنون لها في التنبيه في الصلاة التصفيق دون التسبيح .

(فصل) ويستحب للمرأة أن تختضب بالحناء عند الإحرام لما روى عن ابن عمر أنه قال « من السنة أن تدلك المرأة يديها في حناء » ولأن هذا من زينة النساء . فاستحب عند الإحرام كالطيب ، ولا بأس بالحناء في حال إحرامها ، وقال القاضي : يكره لكونه من الزينة : فأشبه الكحل بالأند ، فإن فعلته ولم تشد يديها بالخرق فلا فدية ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر ، وكان مالك ومحمد بن الحسن يكرهان الحنط بالحرمة وأزماها الفدية .

ولنا : ما روى عكرمة أنه قال « كانت عائشة وأزواج النبي صلى الله عليه وسلم يختضبن بالحناء وهن حرم » ولأن الأصل الإباحة ، وليس ههنا دليل يمنع من نص ولا إجماع ، ولا هي في معنى المنصوص

(فصل) إذا أحرمت الخنثى المشكل لم يلزمه اجتناب المخيط . لأننا لا نتيقن الذكورية الموجبة لذلك ، وقال ابن المبارك : يغطي رأسه ويكفر . والصحيح أن الكفارة لا تلزمه . لأن الأصل عدمها . فلا نوجبها بالشك . وإن غطي وجهه وحده لم يلزمه فدية لذلك . وإن جمع بين تغطية وجهه بنقاب أو برقع وبين تغطية رأسه أو لبس المخيط على بدنه لزمته الفدية . لأنه لا يخلو أن يكون رجلا أو امرأة .

(فصل) ويستحب للمرأة الطواف ليلا . لأنه أستر لها وأقل للزحام فيمكنها أن تدنو من البيت وتسلم الحجر ، وقد روى حنبل في المناسك بإسناده عن أبي الزبير ، أن عائشة كانت تطوف بعد العشاء أسبوعاً أو أسبوعين ، وترسل إلى أهل المجالس في المسجد : ارتفعوا إلى أهليكم ، فإن لهم عليكم حقاً ، وعن محمد بن السائب بن بركة عن أمه عن عائشة ، أنها أرسلت إلى أصحاب المصابيح أن يطفئوها . فأطفئوها فطفت معها في ستر أو في حجاب فكانت كلما فرغت من أسبوع استلثت الركن الأسود وتعدت بين الركن والباب ، حتى إذا فرغت من ثلاثة أسابيع ذهبت إلى دير سقاية زمزم مما يلي الناس ، فعلت ست ركعات ، كلما ركعت ركعتين انحرفت إلى النساء فكلمتن ، تفصل بذلك صلاتها حتى فرغت ،

« مسألة ، قال (ولا يتزوج المحرم ولا يزوج . فإن فعل فالنكاح باطل)

قوله « لا يتزوج ، أي لا يقبل النكاح لنفسه ، « ولا يزوج ، أي لا يكون ولياً في النكاح ولا وكيل فيه ، ولا يجوز تزويج المحرمة أيضاً . روى ذلك عن عمر وابنه وزيد بن ثابت رضي الله عنهم . وبه قال سعيد بن المسيب ومليان ابن يسار والزهري والأوزاعي ومالك والشافعي . وأجاز ذلك ابن عباس . وهو قول أبي حنيفة . لما روى ابن عباس ، أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم ، متفق عليه . ولأنه عقد يملك به الاستمتاع فلا يحرمه الإحرام كشراء الإمام .

ولنا : ما روى أبان بن عثمان عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينكح » ، رواه مسلم ، ولأن الإحرام يحرم الطيب فيحرم النكاح كالعدة ، فأما حديث ابن عباس فقد روى يزيد بن الأصم

عن ميمونة أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها حلالاً . وبني بها حلالاً وماتت
بسر في الظلة التي بنى بها فيها ، رواه أبو داود والاثرم ، وعن أبي رافع قال
« تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو حلال . وبني بها وهو حلال ،
وكننت أنا الرسول بينهما » قال الترمذى : هذا حديث حسن . وميمونة أحلم
بنفسها . وأبو رافع صاحب القصة ، وهو السفير فيها . فهما أعلم بذلك من ابن
عباس وأولى بالتقديم لو كان ابن عباس كبيراً . فكيف وقد كان صغيراً لا يعرف
حقائق الأمور ولا يقف عليها ، وقد أنكر عليه هذا القول . وقال سعيد بن المسيب :
وهم ابن عباس ، ما تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم إلا حلالاً . فكيف يعمل بحديث
هذا حاله ؟ ويمكن حمل قوله « وهو محرم » أى فى الشهر الحرام ، أو فى البلد الحرام
كما قيل :

« قتلوا ابن عفان الخليفة محرماً »

وقيل : تزوجها حلالاً . وأظهر أمر تزويجها وهو محرم . ثم لو صح الحديثان
كان تقديم حديثنا أولى . لأنه قول النبي صلى الله عليه وسلم وذلك فعله . والقول
أكد . لأنه يمتثل أن يكون مختصاً بما فعله ، وعقد النكاح يخالف شراء الأمة .
فإنه يجرم بالعدة والردة واختلاف الدين ، وكون المنكوحة أختاً له من الرضاع ،
ويعتبر له شروط غير معتبرة فى الشراء .

(فصل) ومتى تزوج المحرم أو زوج أو زوجت محرمة فالنكاح باطل ، سواء
كان الكل محررين أو بعضهم . لأنه منهى عنه . فلم يصح ، كنكاح المرأة على عمتها
أو خالتها . وعن أحمد : إن زوج المحرم لم أفسخ النكاح . قال بعض أصحابنا : هذا
يدل على أنه إذا كان الولي بمفرده أو الوكيل محرماً لم يفسد النكاح . والمذهب
الأول . وكلام أحمد يعمل على أنه لا يفسد لكونه مختلفاً فيه . قال القاضى :
ويفرق بينهما بطلقة . وهكذا كل نكاح مختلف فيه . قال أحمد فى رواية أبي طالب :
إذا تزوجت بغير ولي لم يكن للولي أن يزوجه من غيره حتى يطلق . ولأن
تزويجها من غير طلاق يفضى إلى أن يجتمع للمرأة زوجان كل واحد منهما
يعتقد حلها .

(فصل) وتكره الخطبة للمحرم وخطبة المحرمة . ويكره للمحرم أن يخطب للمحليين . لأنه قد جاء في بعض ألفاظ حديث عثمان « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » رواه مسلم . ولأنه تسبب إلى الحرام . فأشبه الإشارة إلى الصيد ، والإحرام الفاسد كالصحيح في منع النكاح ، وسائر المحظورات . لأن حكمه باق في وجوب ما يجب في الإحرام فكذلك ما يحرم به .

(فصل) ويكره أن يشهد النكاح . لأنه مماوئة على النكاح فأشبهه الخطبة . وإن شهد أو خطب لم يفسد النكاح . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا ينقصد النكاح بشهادة المحرمين . لأن في بعض الروايات « ولا يشهد » .

ولنا : أنه لا مدخل للشاهد في العقد . فأشبهه الخطبة . وهذه اللفظة غير معروفة . فلم يثبت بها حكم . ومتى تزوج المحرم أو زوج أو زوجت محرمة لم يجب بذلك فدية . لأنه عقد فسد لأجل الإحرام . فلم تجب به فدية ككسراء الصيد .

« مسألة ، قال (فإن وطئ المحرم في الفرج فأزول أو لم يتزل فقد فسد حجمها وعليه بذنة إن كان استكرهها ، وإن كانت طاووعته فعلى كل واحد منهما بذنة) .

أما فساد الحج بالجماع في الفرج فليس فيه اختلاف . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الحج لا يفسد بإتيان شيء في حال الإحرام إلا الجماع . والأصل في ذلك : ما روى عن ابن عمر « أن رجلاً سأله فقال : إني وقعت بإمرأتى ونحن محرمان . فقال : أفسدت حجك ، انطلق أنت وأهلك مع الناس فافضوا ما يقضون ، وحل إذا حلوا . فإذا كان في العام المقبل فاحجج أنت وامرأتك واهديا هديا . فإن لم تجدوا فصوما ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعت » وكذلك قال ابن عباس وعبد الله بن عمر . ولم نعلم لهم في عصرهم مخالفاً . روى حديثهم الأثرم في سننه ، وفي حديث ابن عباس « ويتفرقان من حيث يحزمان حتى يقضيا حجمهما » قال ابن المنذر : قول ابن عباس أعلى شيء روى فيمن وطئ في حجه . وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه قال ابن المسيب وعطاء والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . ولا فرق بين ما قيل الوفوف وبعده . وقال أبو حنيفة :

إن جامع قبل الوقوف فسد حججه . وإن جامع بعده لم يفسد لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الحج عرفة » ولأنه معنى يأمن به القوات . فأمن به الفساد كالتحلل . ولنا : أن قول الصحابة الذين رويناه قولهم مطلق فيمن واقع محرماً . ولأنه جماع صادف لإحراماً تاماً فأفسده . كما قبل الوقوف . وقوله عليه السلام « الحج عرفة » يعنى معظمه ، أو أنه ركن متأكد فيه . ولا يلزم من أمن القوات أمن الفساد ، بدليل العمرة .

إذا ثبت هذا فإنه يجب على المجامع بدنة . روى ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومجاهد ومالك والشافعي وأبي ثور . وقال الثوري وإسحاق : عليه بدنة . فإن لم يجد فشاة ، وقال أصحاب الرأي : إن جامع قبل الوقوف فسد حججه ، وعليه شاة ، وإن كان بعده فعليه بدنة وحججه صحيح . لأنه قبل الوقوف معنى يوجب القضاء ، فلم يجب به بدنة كالفوات .

ولنا : أنه جماع صادف لإحراماً تاماً ، فوجب به البدنة كبعد الوقوف ، ولأنه قول من سمينا عن الصحابة ، ولم يفرقوا بين قبل الوقوف وبعده ، وأما القوات فهو مفارق للجماع بالإجماع . ولذلك لا يوجبون فيه الشاة بخلاف الجماع ، وإذا كانت المرأة مكروهة على الجماع فلا هدى عليها ولا على الرجل أن يهدى عنها ، نص عليه أحمد ، لأنه جماع يوجب الكفارة ، فلم يجب به حال الإكراه أكثر من كفارة واحدة ، كما في الصيام ، وهذا قول إسحاق وأبي ثور وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى : أن عليه أن يهدى عنها ، وهو قول عطاء ومالك ، لأن إفساد الحج وجد منه في حقهما ، فكان عليه لإفساده حجها هدى ، قياساً على حججه ، وعنه ما يدل على أن الهدى عليها ، لأن فساد الحج ثبت بالنسبة إليها ، فكان الهدى عليها كما لو طأعت : ويحتمل أنه أراد أن الهدى عليها ، يتحمله الزوج عنها ، فلا يكون رواية ثالثة .

فأما حال المطاوعة فعلى كل واحد منهما بدنة ، هذا قول ابن عباس وسعيد ابن المسيب والنخعي والضحاك ومالك والحنبل وحماد ، لأن ابن عباس قال « أهد ناقه ولتهد ناقه » لأنها أحد المتجامعين من غير إكراه ، فلزمها بدنة كالرجل ، وعن

أحمد أنه قال : أرجو أن يجهزهما هدى واحد . وروى ذلك عن عطاء . وهو مذهب الشافعى . لأنه جماع واحد فلم يوجب أكثر من بدنة كحالة الإكراه . والنائمة كالسكره في هذا ، وأما فساد الحج فلا فرق فيه بين حال الإكراه والمطاوعة لا نعلم فيه خلافاً .

(فصل) ولا فرق بين الوطء في القبل والدبر من أدى أوبهيمه . وبه قال الشافعى وأبو ثور . ويتخرج في وطء البهيمه أن الحج لا يفسد به . وهو قول مالك وأبي حنيفة . لأنه لا يوجب الحد . فأشبه الوطء دون الفرج . وحكى أبو ثور عن أبي حنيفة أن اللواط والوطء في الدبر لا يفسد الحج . لأنه لا يثبت به الإحصان فلم يفسد الحج كالوطء دون الفرج .

ولنا : أنه وطء في فرج يوجب الاغتسال . فأفسد الحج كوطء الإدمية في القبل . ويفارق الوطء دون الفرج . فإنه ليس من الكبائر في الأجنبية . ولا يوجب مهراً ولا عده ولا حداً ولا غسلاً إلا أن ينزل ، فيكون كسألتنا في رواية ،

(فصل) إذا تكرر الجماع فإن كفر عن الأول فعليه للثاني كماراة ثانية كالأول ، وإن لم يكن كفر عن الأول فكفارة واحدة . وعنه أن لكل وطء كماراة . لأنه سبب للكفارة فأوجبها كالأول . والمذهب الأول . لأنه جماع موجب للكفارة . فإذا تكرر قبل التكفير عن الأول لم يوجب كفارة ثانية ، كما في الصيام . وقال أبو حنيفة : عليه للوطء الثاني شاة ، سواء كفر عن الأول أو لم يكفر ، إلا أن يتكرر الوطء في مجلس واحد على وجهه الرفض للإحرام . لأنه وطء صادف لإحراماً ناقص الحرمه . فأوجب شاة كالوطء بعد التحلل الأول . وقال مالك : لا يجب بالثاني شيء ، وروى ذلك عن عطاء ، لأنه لا يقصد الحج . فلا يجب به شيء كما لو كان قبل التكفير ، وقال الشافعى ، كقولنا وقريباً من قول أبي حنيفة .

ولنا على وجوب البدنة ، إذا كفر : أنه وطئ في إحرام ولم يتحلل منه . ولا أمكن تداخل كفارته في غيره ، فأشبهه الوطء الأول . ولأن الإحرام الفاسد كالصحيح في سائر الكفريات . فكذلك في الوطء ولأنه إذا لم يكفر عن الأول ،

فتتداخل كفارته كما يتداخل حكم المهر والحد ، والتحديد بعدم التكفير أولى من التحديد بالمجلس الواحد . لما ذكرنا من المهر والحد والتكفير في اليمين والظهار وغيرهما .

• مسألة ، قال (وإن وطئ دون الفرج فلم ينزل ، فعليه دم ، وإن أنزل ، فعليه بدنة ، وقد فسد حججه)

أما إذا لم ينزل فإن حججه لا يفسد بذلك ، لا نعلم أحداً قال بفساد حججه ، لأنها مباشرة دون الفرج عريت عن الإنزال ، فلم يفسد بها الحجج كاللص ، أو مباشرة لا توجب الاعتساف ، أشبهت اللص . وعليه شاة ، وقال الحسن فيمن ضرب بيده غلى فرج جاريته : عليه بدنة ، وعن سعيد بن جبير : إذا نال منها ما دون الجماع ذبح بقرة .

ولنا : أنها ملامسة من غير إنزال ، فأشبهت لم غير الفرج ، فأما إن أنزل فعليه بدنة ، وبذلك قال الحسن وسعيد بن جبير والثوري وأبو ثور . وقال الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر : عليه شاة لأنها مباشرة دون الفرج . فأشبه ما لو لم ينزل .

ولنا : أنه جماع أوجب الفحل ، فأوجب بدنة كالوطء في الفرج ، وفي فساد حججه بذلك روايتان :

أحدهما : يفسد . اختارها الخرقى وأبو بكر ، وهو قول عطاء والحسن والقاسم بن محمد ومالك وإسحاق . لأنها عبادة يفسدها الوطء فأفسدها الإنزال عن مباشرة كالصيام .

والثانية : لا يفسد الحج ، وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وهي الصحيحة إن شاء الله ، لأنه استمتاع لا يجب بنوعه الحد فلم يفسد الحج كما لو لم ينزل . ولأنه لا نص فيه ولا إجماع ولا هو في معنى المنصوص عليه ، لأن الوطء في الفرج يجب بنوعه الحد ، ويتعلق به اثنا عشر حكماً ، ولا يفرق فيه الحال بين الإنزال وعدمه ، والصيام يخالف الحج في المفسدات ، ولذلك يفسد بتكرار النظر مع الإنزال والمذى وسائر محظوراته ، والحج لا يفسد بشيء من محظوراته غير الجماع .

فافترقا ، والمرأة كالرجل في هذا إذا كانت ذات شهرة وإلا فلا شيء عليها ، كالرجل إذا لم يكن له شهوة .

« مسألة » قال (فإن قبل فلم ينزل ، فعليه دم ، وإن أنزل فعليه بدنة ، وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى : إن أنزل فسد حججه)

وجملة ذلك : أن حكم القبلة حكم المباشرة دون الفرج سواء ، إلا أن الخرق ذكر في هذه المسألة روايتين في إفساد الحج عند الإنزال ، ولم يذكر في إفساد الحج في الوطء دون الفرج إلا رواية واحدة ، وقد ذكرنا أن فيها أيضاً روايتين ، وذكرنا الخلاف فيه ، لكن نشير إلى الفرق وتوجيهها لقول الخرق فنقول :

إنزال بغير وطء ، فلم يفسد به الحج كالنظر ، ولأن اللذة بالوطء ، فوق اللذة بالقبلة ، فكانت فرقة في الواجب ، لأن مراتب أحكام الاستمتاع - على وفق ما يحصل به من اللذة ، فالوطء في الفرج أبلغ الاستمتاع فأفسد الحج مع الإنزال وعدمه ، والوطء دون الفرج دونه ، فأوجب البدنة ، وأفسد الحج عند الإنزال والدم عند عدمه ، والقبلة دونهما فتكون دونهما فيما يجب بها فيجب بها بدنة عند الإنزال من غير إفساد . وتكرار النظر دون الجميع ، فيجب به الدم عند الإنزال ولا يجب عند عدمه شيء ؛ ومن جمع بين الوطء دون الفرج والقبلة . قال : كلاهما مباشرة ، فالمرءى حكمهما في الواجب بهما . وقد روى عن ابن عباس أنه قال لرجل قبل زوجته « أفسدت حجتك » وروى ذلك عن سعيد بن جبير ، وقال سعيد بن المسيب وعطاء وابن سيرين والزهرى وقتادة ومالك والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي : عليه دم ، وروى ذلك عن الشعبي وسعيد بن جبير . وروى الأثرم بإسناده عن عبد الرحمن بن الحارث « أن عمر بن عبد الله قبل عائشة بذت طلحة محرماً ، فسأل فأجمع له على أن يهريق دماً ، والظاهر . أنه لم يكن أنزل لأنه لم يذكر ، وسواء أمدى أو لم يمد ، وقال سعيد بن جبير : إن قبل فذى أو لم يذ فعليه دم ، وسائر الناس لشهوة كالقبلة فيما ذكرنا ، لأنه استمتاع يلتذ به فهو كالقبلة ، قال أحمد فيمن قبض على فرج امرأته وهو محرم : فإنه يهريق دم شاة ، وقال عطاء : إذا قبل المحرم أو لمس فليهريق دماً .

« مسألة ، قال (وإن نظر فصرف بصره فأمن فعليه دم . وإن كرر النظر حتى أمنى فعليه بدنة) »

وجملة ذلك : أن الحج لا يفسد بتكرار النظر أنزل أولم ينزل . روى ذلك عن ابن عباس . وهو قول أبي حنيفة والشافعي . وروى عن الحسن وعطاء ومالك فيمن ردد النظر حتى أمنى : عليه حج من قابل . لأنه أنزل بفعل محذور . أشبه الإنزال بالمباشرة .

ولنا : أنه إنزال عن غير مباشرة ، فأشبه الإنزال بالفكر والاحتلام . والأصل الذي قاسوا عليه ممنوع . ثم إن المباشرة أبلغ في اللذة وآكد في استدعاء الشهوة . فلا يصح القياس عليه . فأما إن نظر ولم يكرر فأمنى فعليه شاة ، وإن كرره فأنزل ففيه روايتان . إحداهما : عليه بدنة . روى ذلك عن ابن عباس . والثانية : عليه شاة . وهو قول سعيد بن جبير وإسحاق ورواية ثانية عن ابن عباس . وقال أبو ثور لا شيء عليه . وحكى ذلك عن أبي حنيفة والشافعي . لأنه ليس بمباشرة أشبه الفكر . ولنا : أنه إنزال بفعل محذور . فأوجب الفدية كاللبس . وقد روى الأثر عن ابن عباس : أنه قال له رجل « فمسل الله بهذه وفعل ، إنها تطيب لي ، فسكمتني وحدتني حتى سبقتني الشهوة . فقال ابن عباس أتم حجك وأهرق دما ، وروى حنبل في المناسك عن مجاهد : أن محرمًا نظر إلى امرأته حتى أمدى فجعل يشتمها . فقال ابن عباس « أهرق دما ولا تشتمها ،

(فصل) فإن كرر النظر حتى أمدى . فقال أبو الخطاب . عليه دم . وقال القاضي : ذكره الخرقى . قال القاضي : لأنه جزء من المنى . ولأنه حصل به التذاذ فهو كاللبس ، وإن لم يقترب بالنظر منى أو مذى فلا شيء عليه ، سواء كرر النظر أو لم يكرره ، وقد روى عن أحمد فيمن جرد امرأته ولم يكن منه غير التجريد : أن عليه شاة ، وهذا محمول على أنه لمس ، فإن التجريد لا يبرى عن اللبس ظاهراً أو على أنه أمنى أو أمدى . أما مجرد النظر فلا شيء فيه ، فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم ينظر إلى نسائه وهو محرم ، وكذلك أصحابه

(فصل) فإن فكر فأنزل فلا شيء عليه ، فإن الفكر يعرض للإنسان من غير إرادة ولا اختيار فلم يتعلق به حكم كافي الصيام ، وقد قال النبي صلى الله عليه

وسلم « إن الله تجاوز عن أمي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تسكلم به ، متفق عليه

(فصل) والعمد والنسيان في الوطء سواء ، نص عليه أحمد ، فقال : إذا جامع أهله بطل حججه ، لأنه شيء لا يقدر على رده ، والشعر إذا حلقه فقد ذهب لا يقدر على رده ، والصيد إذا قتله فقد ذهب لا يقدر على رده ، فهذه الثلاثة العمد والنسيان فيها سواء ، ولم يذكر الحرق النسيان ههنا ، لكن ذكره في الصيام ، وبين أن الوطء في الفرج أو دون الفرج مع الإنزال يستوي عمده وسهوه ، وما عداه من القبلة واللس والمذى يتسكرار النظر يختلف حكم عمده وسهوه ، فههنا يلغى أن يكون مثله ، لأن الوطء لا يكاد يتطرق النسيان إليه دون غيره ، ولأن الجماع مفسد للصوم دون غيره فاستوى عمده وسهوه كالقوات بخلاف مادونه ، والجاهل بالتحريم والمسكر في حكم النامى ، لأنه معذور ، ومن قال : إن عمد الوطء ونسيانه سواء : أبو حنيفة ومالك والشافعي في قديم قوله ، وقال في الجديد : لا يفسد الحج ولا يجب عليه شيء مع النسيان والجهل ، لأنها عبادة يجب بإفسادها الكفارة ، فافترق فيها وطء العمد والنامى كالصوم

ولذا : أنه سبب يتعلق به وجوب القضاء في الحج ، فاستوى عمده وسهوه كالقوات ، والصوم ممنوع ، ثم إن الصوم لا تجب الكفارة فيه بالافساد ، بدليل أن إفساده بكل ما عدا الجماع لا يوجب كفارة ، وإنما تجب بخصوص الجماع فافترقا

« مسألة ، قال (وللحرم أن يتجر ، ويصنع الصنائع ، ويرتجع زوجته)

وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى في الارتجاع : أن لا يفعل أما التجارة والصناعة فلا تعلم في إباحتهما اختلافا ، وقد روى ابن عباس قال « كان ذو المجاز وعكاظ متجر الناس في الجاهلية ، فلما جاء الإسلام كأنهم كرهوا ذلك ، حتى نزلت (٢ : ١٩٧) ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) في مواسم الحج ، فأما الرجعة فالمشهور : لإباحتها ، وقول أكثر أهل العلم ، وفيه رواية ثانية : أنها لا تباح : لأنها استباحة فرج مقصود بعقد ، فلا تباح للحرم كالنسكاح

وجه الرواية الصحيحة : أن الرجعية زوجة ، والرجعة أمساك بدليل قوله تعالى (فأمسكوهن بمعروف) فأبيح ذلك كالأمساك قبل الطلاق ، ولا نسلم أن الرجعية

استباحة فإن الرجعية مباحة وإن سلبنا أنها استباحة فقتل بشرى الآلهة الشراء .
ولأن ما يتعلق به إباحتها الزوجية مباح في النكاح كالتكفير في الظهار . وأما شراء
الإماء فباح ، وسواء قصد به الشراء أو لم يقصد . لا نعلم فيه خلافاً . فإنه ليس
بموضوع الاستباحة في البضع . فأشبهه شراء العبيد والبهائم . ولذلك أبيع شراء من
لا يحل وطؤها . فلذلك لم يحرم في حالة يحرم فيها الوطء .

• مسألة • قال (وله أن يقتل الحداة والغراب والفأرة والعقرب والكلب العقور
وكل ما عدا عليه أو آذاه ، ولا فداء عليه)

هذا قول أكثر أهل العلم . منهم الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ،
وحكى عن النخعي أنه منع قتل الفأرة ، والحديث صريح في حل قتلها . فلا يعول
على ما خالفه . والمراد بالغراب الأبقع وغراب البين . وقال قوم : لا يباح من
الغربان إلا الأبقع خاصة . لأنه قد روى خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم :
الحية والغراب الأبقع والفأرة والكلب العقور والحديا ، رواه مسلم . وهذا يقيد
المطابق في الحديث الآخر ولا يمكن حمله على العموم . بدليل أن المباح من الغربان
لا يحل قتله .

ولنا : ما روت عائشة قالت • أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل خمس
فواسق في الحرم : الحداة ، والغراب والفأرة . والكلب العقور ، وعن
ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال • خمس من الدواب ليس على المحرم
جناح في قتلن ، وذكر مثل حديث عائشة . متفق عليهما . وفي لفظ لمسلم في
حديث ابن عمر • خمس لا جناح على من قتلن في الحرم والإحرام ، وهذا عام
في الغراب . وهو أصح من الحديث الآخر . ولأن غراب البين محرم الأكل يعدو
على أموال الناس . فلا وجه لإخراجه من العموم . وفارق ما أبيع أكله . فإنه
مباح ليس هو في معنى ما أبيع قتله . فلا يلزم من تخصيصه تخصيص ما ليس
في معناه ،

وقول الخرق • وكل ما عدا عليه وآذاه • يحتمل أنه أراد ما يبدا المحرم فيعدو
عليه في نفسه أو ماله . فهذا لا جناح على قتله . سواء كان من جنس طبعه الأذى

أو لم يكن . قال ابن المنذر . أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن السبع إذا بدأ المحرم فقتله لا شيء عليه . ويحتمل أنه أراد ما كان طبعه الأذى والعدوان وإن لم يوجد منه أذى في الحال . قال مالك : الكلب العقور ما عقر الناس وعدا عليهم ، مثل الأسد والنمر والفهد والذئب . فعلى هذا يباح كإذى الناس في أنفسهم أو في أموالهم ، مثل سباع البهائم كلها المحرم أكلها وجوارح الطير كالبلابزى والعقاب والصقر والشاهين ونحوها والحشرات المؤذية والزنبور والبق والبعوض والبراغيث والذباب . وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي ، يقتل ما جاء في الخبر والذئب قياساً عليه :

ولنا : أن الخبر نص من كل جنس على صورة من أدناه تنبيهاً على ما هو أعلى منها . ودلالة على ما كان في معناها ، فنصه على الحدأة والقربا تنبيه على البازي ونحوه . وعلى الفأرة تنبيه على الحشرات ، وعلى العقرب تنبيه على الحية ، وعلى الكلب العقور تنبيه على السباع التي هي أعلى منه . ولأن ما لا يضمن بمثله ولا بقيمته لا يضمن كالحشرات .

(فصل) وما لا يؤذى بطبعه ولا يؤكل كالرخم والديدان . فلا أثر للحرم وللأحرام فيه ، ولا جزاء فيه إن قتله . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : يحرم قتلها . وإن قتلها فداها . وكذلك كل سبع لا يعدو على الناس . وإذا وطئ الذئب والنمل أو الذر أو قتل الزنبور تصدق بشيء من الطعام .

ولنا : أن الله تعالى إنما أوجب الجزاء في الصيد . وليس هذا بصيد . قال بعض أهل اللغة : الصيد ما جمع ثلاثة أشياء . فيكون مباحاً وحشياً بمنعاً : ولأنه لا مثل له ولا قيمة . والضمان إنما يكون بأحد هذين الشيئين . وروى عن عمر أنه قرد بعيده بالسقي وهو محرم ، ومعناه . أنه نزع القراد عنه ورماه ، وهذا قول جابر بن زيد وعطاء . وروى أن ابن عباس قال لعكرمة وهو محرم قرد البعير . فكره ذلك . فقال : قم فاحمره فحمره . فقال له ابن عباس : لا أم لك . كم قتلت فيها من قراد وحلوة وحنانة ؟ يعني كبار القراد ، رواه كله سعيد .

(فصل) ولا تأثير للأحرام ولا للحرم في تحريم شيء من الخيوان الألهي

كبيرة الأنعام ونحوها . لأنه ليس بصيد ، وإنما حرم الله تعالى الصيد : وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يذبح البدن في إحرامه في الحرم يتقرب إلى الله سبحانه بذلك وقال : « أفضل الحج : العج والثج » ، يعني لإسالة الدماء بالذبح والنحر . وليس في هذا اختلاف .

(فصل) ويحل للمحرم صيد البحر لقوله تعالى (٥ : ٩٦) أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة) قال ابن عباس وابن عمر « طعامه ما ألقاه » وعن ابن عباس « طعامه ملحه » ، وعن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير « طعامه الملح . وصيده ما اصطدنا » ، وأجمع أهل العلم على أن صيد البحر مباح للمحرم اصطاده وأكله وبيعه وشرائه ، وصيد البحر : الحيوان الذي يعيش في الماء ويبيض فيه ويفرخ فيه ، كالسمك والسحفاة والسرطان ونحو ذلك : وحكى عن عطاء فيما يعيش في البر مثل السحفاة والسرطان ، فأشبهه طير الماء .

ولنا : أنه يبيض في الماء ويفرخ فيه ، فأشبهه السمك ، فأما طير الماء ، كالبط ونحوه فهو من صيد البر في قول عامة أهل العلم ، وفيه الجواز ، وحكى عن عطاء ، أنه قال : حيث يكون أكثر فهو صيده وقول عامة أهل العلم أولى ، لأنه يبيض في البر ويفرخ فيه ، فكان من صيد البر كسائر طيره ، وإنما إقامته في البحر لطلب الرزق والمعيشة منه كالصيد ، فإنه كان جنس من الحيوان نوع منه في البحر ونوع في البر كالسحفاة فلكل نوع حكم نفسه كالبر مما الوحش محرم والأهلي مباح

« مسألة » قال (وصيد الحرم حرام على الحلال والمحرم)

الأصل في تحريم صيد الحرم : النص والإجماع . أما النص ، فما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة « إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والأرض ، فهو حرام بحرمه الله إلى يوم القيامة » ، وإنه لم يحل القتال فيه لأحد قبلي ولم يحل لي إلا ساسة من نهار ، فهو حرام بحرمه الله إلى يوم القيامة ، لا يتخلى خلاها ، ولا يعضد شوكتها ، ولا يفر صيدها ، ولا تلتقط لقطتها إلا من عرفها ، فقال العباس : يا رسول الله إلا الأذخر . فإنه لقنهم وبيوتهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إلا الأذخر ، متفق عليه ، وأجمع المسلمون على تحريم صيد الحرم على الحلال والمحرم .

(فصل) وفيه الجزاء على من يقتله ، ويجزى بمثل مايجزى به الصيد في الإحرام ، وحكى عن داود : أنه لا جزاء فيه . لأن الأصل براءة الذمة . ولم يرد فيه نص فيبقى بحاله .

ولنا : أن الصحابة رضی الله عنهم قضوا في حلال الحرم بشاة شاة . روى ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر وابن عباس . ولم ينقل عن غيرهم خلافهم . فيكون إجماعاً . ولأنه صيد ممنوع منه لحق الله تعالى . أشبه للصيد في حق الحرم .

(فصل) وما يحرم ويضمن في الإحرام يحرم ويضمن في الحرم ، وما لا فلا إلا شيئين .

أحدهما : القمل ، يختلف في قتله في الإحرام . وهو مباح في الحرم بلا اختلاف لأنه حرم في الإحرام للترفة بقتله وإزالته لا حرمة . ولا يحرم الترفة في الحل . فأشبه ذلك قص الشعر وتقليم الظفر .

الثاني : صيد البحر . مباح في الإحرام بغير خلاف . ولا يحل صيده من آبار الحرم وعيونه . وكرهه جابر بن عبد الله . لعموم قوله عليه السلام « لا ينفر صيدها ، ولأن الحرمة تثبت للصيد كحرمة المكان . وهو شامل لكل صيد . ولأنه صيد غير مؤذ . فأشبهه الأطباء . وعن أحمد رواية أخرى : أنه مباح . لأن الإحرام لا يحرمه . فأشبهه السباع والحيوان الأهلي .

(فصل) ويضمن صيد الحرم في حق المسلم والكافر والكبير والصغير والحرم والعبد ، لأن الحرمة تعلقت به بحله بالنسبة إلى الجميع فوجب ضمانه كالأدنى .

(فصل) ومن ملك صيداً في الحل فأدخله الحرم لزمه رفع يده عنه وإرساله ، فإن تلف في يده أو أتلفه فعليه ضمانه . كصيد الحل في حق الحرم ، وقال عطاء : إن ذبحه فعليه الجزاء . وروى ذلك عن ابن عمر ، ومن كره إدخال الصيد الحرم : ابن عمر وابن عباس وعائشة وعطاء وطاوس وإسحاق وأصحاب الرأي ، ورخص فيه جابر بن عبد الله ، ورويت عنه الكراهة له ، أخرجه سعيد ، وقال هشام ابن عروة : كان ابن الزبير تسع سنين يراها في الأقفاس وأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لا يرون به بأساً ، ورخص فيه سعيد بن جبير ومجاهد ومالك والثشافعي

وأبو ثور وابن المنذر ، لأنه ملكه خارجاً وحل له التصرف فيه ، فجاز له ذلك في الحرم كصيد المدينة إذا أدخله حرماً .

ولنا : أن الحرم سبب محرم للصيد ويوجب ضمانه . فحرم استدامة إمساكه كالإحرام ولأنه صيد ذبحه في الحرم ، فلزمه جزاؤه كما لو صاده منه . وصيد المدينة لا جزاء فيه بخلاف صيد الحرم .

(فصل) ويضمن صيد الحرم بالدلالة والإشارة ، كصيد الإحرام والواجب عليهما جزاء واحد . نص عليه أحمد . وظاهر كلامه : أنه لا فرق بين كون الدال في الحل أو الحرم ، وقال القاضى . لا جزاء على الدال إذا كان في الحل ، والجزاء على المدلول وحده ، كالخلال إذا دل محرماً على صيده .

ولنا : أن قتل الصيد الحرمى حرام على الدال ، فيضمنه بالدلالة كما لو كان في الحرم ، يحققه أن صيد الحرم محرم على كل أحد ، لقوله عليه السلام ولا ينفر صيدها ، وفي لفظ لا يصاد صيدها ، وهذا عام في حق كل واحد ، ولأن صيد الحرم معصوم بمحله ، فحرم قتله عليهما كالملتجئ إلى الحرم ، وإذا ثبت تحريمه عليهما فيضمن بالدلالة من يحرم عليه قتله كما يضمن بدلالة الحرم عليه .

(فصل) وإذا رمى الخلال من الحل صيداً في الحرم فقتله ، أو أرسل كلبه عليه فقتله أو قتل صيداً على فرع في الحرم أصله في الحل ضمنه ، وبهذا قال الثورى والشافعى وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى ، وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى : لا جزاء عليه في جميع ذلك ، لأن القاتل حلال في الحل ، وهذا لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ينفر صيدها ، ولم يفرق بين من هو في الحل والحرم ، وقد أجمع المسلمون على تحريم صيد الحرم ، وهذا من صيده ، ولأن صيد الحرم معصوم بمحله بحرمة الحرم ، فلا يختص تحريمه بمن في الحرم ، وكذلك الحكم إن أمسك طائراً في الحل فهلك فراخه في الحرم ضمن الفسراخ ، لما ذكرنا ، ولا يضمن الأم ، لأنها من صيد الحل وهو حلال ، وإن انعكست الحال ، فرمى من الحرم صيداً في الحل أو أرسل كلبه عليه ، أو قتل صيداً على غصن في الحل أصله في الحرم ، أو أمسك حمامة في الحرم فهلك فراخها في الحل ، فلا ضمان عليه

كما في الحل ، قال أحمد فيمن أرسل كلبه في الحرم فصاد في الحل : فلا شيء عليه ، وحكى عنه رواية أخرى في جميع الصور : يضمن ، وعن الشافعي : ما يدل عليه ، وذهب الثوري والشافعي وأبو ثور وابن المنذر فيمن قتل طائراً على غصن في الحل أصله في الحرم لا جزاء عليه . وهو ظاهر قول أصحاب الرأي ، وقال ابن الماجشون وإسحق : عليه الجزاء ، لأن الغصن تابع للأصل وهو في الحرم .

ولنا : أن الأصل حل الصيد لحرم صيد الحرم بقوله عليه السلام « لا ينفر صيدها » وبالإجماع ، فبقى ما عداه على الأصل ، ولأنه صيد حل صاده حلال ، فلم يحرم كما لو كانا في الحل . ولأن الجزاء إنما يجب في صيد الحرم أو صيد المحرم وليس هذا بواحد منهما .

(فصل) فإن كان الصيد والمائد في الحل فرمى الصيد بهمه أو أرسل عليه كلبه فدخل الحرم ثم خرج فقتل الصيد في الحل فلا جزاء فيه ، وبهذا قال أصحاب الرأي وأبو ثور وابن المنذر ، وحكى أبو ثور عن الشافعي : أن عليه الجزاء . ولنا : ما ذكرناه . قال القاضي . لا يزيد سهمه على نفسه . ولو عدا بنفسه فسلكت الحرم في طريقه ثم قتل صيداً في الحل لم يكن عليه شيء ، فدهمه أولى .

(فصل) وإن رمى من الحل صيداً في الحل فقتل صيداً في الحرم فعليه جزاءه ، وبهذا قال الثوري وإسحق وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور : لا جزاء عليه وليس بصحيح . لأنه قتل صيداً حرمياً ، فلزمه جزاءه كما لو رمى حجراً في الحرم فقتل صيداً ، بحقيقته : إن الخطأ كالعمد في وجوب الجزاء . وهذا لا يخرج عن كونه واحداً منهما ، فأما إن أرسل كلبه على صيد في الحل فدخل الكلب الحرم فقتل صيداً آخر لم يضمنه . وهذا قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور وابن المنذر . لأنه لم يرسل الكلب على ذلك الصيد . وإنما دخل باختيار نفسه . فهو كما لو استقرسل بنفسه من غير إرسال . وإن أرسله على صيد فدخل الصيد الحرم ودخل الكلب خلعه فقتله في الحرم فكذلك . نص عليه أحمد . وهو قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر . وقال عطاء وأبو حنيفة وصاحباہ : عليه الجزاء . لأنه قتل صيداً حرمياً بإرسال كلبه عليه فضمنه ، كما لو قتله بهمه ، واختاره أبو بكر عبد العزيز

وحكى صاح عن أحمد أنه قال : إن كان الصيد قريباً من الحرم ضمنه لأنه فرط بإرساله في موضع يظهر أنه يدخل الحرم ، وإن كان بعيداً لم يضمن لعدم التفريط . وهذا قول مالك .

ولنا : أنه أرسل الكلب على صيد مباح فلم يضمن ، كما لو قتل صيداً سواه . وفارق المسم . لأن الكلب له قصد واختيار . ولهذا يسترسل بنفسه ويرسله إلى جهة فيمضي إلى غيرها والمسم بخلافه .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يأكل الصيد في هذه المواضع كلها ، ضمنه أو لم يضمنه . لأنه صيد حرمي قتل في الحرم لحرم كماله . ولأننا إذا قطعنا فعل الأدمي صار كأن الكلب استرسل بنفسه فقتله ، ولكن لو رمى الحلال من الحل صيداً في الحل فخرجه وتحامل الصيد فدخل الحرم فأتى فيه حل أكله ولا جزاء فيه . لأن الذكاة حصلت في الحل . فأشبه ما لو جرح صيداً ثم أحرم فأتى الصيد بعد إحرامه وبكره أكله لموته في الحرم .

(فصل) وإن وقف صييد بعض قواته في الحل وبعضها في الحرم فقتله قاتل ضمنه تغليبا للحرم . وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي : وإن نفر صيداً من الحرم فأصابه شيء في حال نفوره ضمنه . لأنه تسبب إلى إتلافه . فأشبه ما لو تلف بشركه أو بشبيكته . وإن سكن من نفوره ثم أصابه شيء فلا شيء على من نفره . نص عليه أحمد . وهو قول الثوري . لأنه لم يسكن شيئاً لإتلافه . وقد روى عن عمر أنه وقعت على رذاته حمامة فأطارها . ف وقعت على واقف فاتهزتها حية . فاستشار في ذلك عثمان ونافع بن عبد الحارث . فحكما عليه بشاة ، وهذا يدل على أنهم رأوا عليه الضمان بعد سكونه ، لكن لو انتقل عن المكان الثاني فأصابه شيء فلا ضمان عليه لأنه خرج عن المكان الذي طرد إليه . وقول الثوري وأحمد إنما يدل على هذا ، لأن سفيان قال : إذا طردت في الحرم شيئاً فأصاب شيئاً قبل أن يقع أو حين وقع ضمن . وإن وقع من ذلك المكان إلى مكان آخر فليس عليك شيء . فقال أحمد جيد .

« مسألة ، قال (وكذلك شجره ونباته ، إلا الأذخر وما زرعه الإنسان) .

أجمع أهل العلم على تحريم قطع شجر الحرم وإباحة أخذ الأذخر وما أنبتته
الآدمي من البقول والزروع والرياحين . حكى ذلك ابن المنذر . والأصل فيه :
ما روينا من حديث ابن عباس ، وروى أبو شريح وأبو هريرة نحوه من حديث
ابن عباس وكلهما متفق عليهما ، وفي حديث أبي هريرة « ألا وإنها ساعى هذه حرام ،
لا يتختل شوكها ، ولا يعضد شجرها ، وفي حديث أبي شريح أنه سمع رسول الله
صلى الله عليه وسلم يوم الفتح قال « إن مكة حرمها الله ولم يحرمها الناس فلا يحل
لأحد يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك بها دماً ، ولا يعضد بها شجرة » ، وروى
الأثرم حديث أبي هريرة في سننه وفيه « لا يعضد شجرها ولا يحش حشيشها
ولا يصاد صيدها ، فأما ما أنبت الآدمي من الشجر فقال أبو الخطاب وابن عقيل :
له قلعه من غير ضمان كالزروع . وقال القاضي : ما نبت في الحل ثم غرس في الحرم
فلا جزاء فيه ، وما نبت أصله في الحرم ففيه الجزاء بكل حال وقال الشافعي : في
شجر الحرم الجزاء بكل حال ، أنبت الآدميون أو نبت بنفسه . لعموم قوله
عليه السلام « لا يعضد شجرها ، ولأنها شجرة نابتة في الحرم . أشبه ما لم ينبت
الآدميون ، وقال أبو حنيفة : لا جزاء فيما ينبت الآدميون جفسه كالجوز واللوز
والنخل ونحوه . ولا يجب فيما ينبت الآدمي من غيره كالدوح والسلم والعضاء . لأن
الحرم يختص بتحريمه ما كان وحشياً من الصيد كذلك الشجر . وقول الخرق
« وما زرعه الإنسان » ، يتمثل اختصاصه بالزروع دون الشجر فيكون كقول
الشافعي ويتمثل أن يعم جميع ما يزرع فيدخل فيه الشجر كله . ويحتمل أن يريد ما ينبت
الآدميون جنسه والأولى الأخذ بعموم الحديث في تحريم الشجر ، بقوله عليه السلام
« لا يعضد شجرها » ، إلا ما أنبت الآدمي من جنس شجرهم بالقياس على ما أنبتوه
من الزرع ، والأهلي من الحيوان . فإنما إنما أخرجنا من الصيد ما كان أصله إنسياً
دون ما تأنس من الوحش كذا هنا .

(فصل) ويحرم قطع الشوك والعوسج . وقال القاضي وأبو الخطاب : لا يحرم
وروى ذلك عن عطاء ومجاهد وعمر بن دينار . والشافعي . لأنه يؤذى بطبعه فأشبه
السياب من الحيوان .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يعضد شجرها » وفي حديث أبي هريرة « لا يمتلى شوكها » وهذا صريح . ولأن الغالب في شجر الحرم الشوك . فلما حرم النبي صلى الله عليه وسلم قطع شجرها والشوك غالبه كان ظاهراً في تحريمه .

(فصل) ولا بأس بقطع اليابس من الشجر والحشيش . لأنه بمنزلة الميت ولا يقطع ما انكسر . ولم يبين . لأنه قد تلف فهو بمنزلة الظفر المنكسر . ولا بأس بالانتفاع بما انكسر من الأغصان وانقطع من الشجر بغير فعل آدمي ولا ما سقط من الورق نص عليه أحمد . ولا نعلم فيه خلافاً . لأن الخبر إنما ورد في القطع وهذا لم يقطع : فأما إن قطعه آدمي فقال أحمد : لم أسمع إذا قطع ينتفع به . وقال في الدوحة انقطع : من شبهه بالصيد لم ينتفع بحطبها . وذلك لأنه ممنوع من إتلافه لحرمه الحرم فإذا قطعه من يحرم عليه قطعه لم ينتفع به كالصيد يذبحه المحرم . ويحتمل أن يباح لغير القاطع الانتفاع به . لأنه انقطع بغير فعله ، فأباح لهم الانتفاع به كما لو قطعه حيوان بهيمي . ويقارق الصيد الذي ذبحه . لأن الذكاة تعتبر لها الأهلية . ولهذا لا يحصل بفعله بئمة بخلاف هذا .

(فصل) وليس له أخذ ورق الشجر . وقال الشافعي : له أخذه . لأنه لا يضر به . وكان عطاء يرخص في أخذ ورق السنا يستمشي به ولا ينزع من أصله . ورخص فيه عمرو بن دينار .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخط شوكها ولا يعضد شجرها » رواه مسلم . ولأن ما حرم أخذه حرم كل شيء منه كريح الطائر . وقولهم لا يضر به لا يصح فإنه يضمفها . وربما آل إلى تلفها .

(فصل) ويحرم قطع حشيش الحرم إلا ما استثناه الشرع من الإذخر وما أنبته الآدميون واليابس . لقوله عليه السلام « لا يمتلى خلاها » وفي لفظ « لا يحش حشيشها » وفي استثناء النبي صلى الله عليه وسلم الإذخر دليل على تحريم ما عداه وفي جواز رعيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز . وهو مذهب أبي حنيفة . لأن ما حرم إتلافه لم يجز أن يرسل عليه ما يتلفه كالصيد .

(والثاني) يجوز ، وهو مذهب عطاء والشافعي . لأن الهدى كانت تدخل الحرم فكثر فيه . فلم ينقل أنه كانت تسد أفواها . ولأن بهم حاجة إلى ذلك . أشبهه قطع الأذخر

(فصل) ويباح أخذ السكاة من الحرم وكذلك الفقع ، لأنه لا أصل له . فأشبهه الثمرة . وروى حنبل قال : يؤكل من شجر الحرم الضغائيس والعشرق وما سقط من الشجر وما أنبت الناس .

(فصل) ويجب في إتلاف الشجر وحشيش الضمان . وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن ابن عباس وعطاء . وقال مالك وأبو ثور وداود وابن المنذر : لا يضمن . لأن المحرم لا يضمنه في الحل فلا يضمن في الحرم كالزرع . وقال ابن المنذر : لا أجد دليلاً أوجب به في شجر الحرم فرضاً من كتاب ولا سنة ولا إجماع . وأقول كما قال مالك : نستغفر الله تعالى .

ولنا : ما روى أبو هشيمة قال : رأيت عمر بن الخطاب أمر بشجر كان في المسجد يضر بأهل الطواف فقطع . وفدى قال : وذكر البقرة ، رواه حنبل في المناسك . وعن ابن عباس أنه قال في الدوحة : بقره . وفي الجزلة : شاة . والدوحة الشجرة العظيمة : والجزلة : الصغيرة . وعن عطاء نحوه . ولأنه ممنوع من إتلافه لحرمه الحرم . فكان مضموناً كالصيد ويتخالف المحرم . فإنه لا يمنع من قطع شجر الحل ولا زرع الحرم .

إذا ثبت هذا ، فإنه يضمن الشجرة الكبيرة ببقرة . والصغيرة بشاة ، والحشيش بقيمته والنصن بما نقص . وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي : يضمن الكل بقيمته ، لأنه لا مقدر فيه ، فأشبهه الحشيش .

ولنا . قول ابن عباس وعطاء : ولأنه أحد نوعي ما يحرم إتلافه . فكان فيه ما يضمن بمقدر كالصيد فإن قطع غصناً أو حشيشاً فاستخلف احتمال سقوط ضيانه كما إذا جرح صيداً فاندمل ، أو قطع شعر آدمي فنبت ، واحتمل أن يضمنه . لأن الثاني غير الأول .

(فصل) ومن قلع شجرة من الحرم ففرسها في مكان آخر فيبست ضمنها .

لأنه أتلّفها ، وإن غرسها في مكان من الحرم فنبتت لم يضمّنها . لأنه لم يتلفها ولم يزول حرمتها ، وإن غرسها في الحل فنبتت فليس ردها إليه . لأنه أزال حرمتها . فإن تعذر ردها أو ردها قبيست ضمّنها . وإن قلّعها غيره من الحل ، فقال القاضي : الضمان على الثاني لأنه المتلف لها .

فإن قيل : فلم لا يجب على المخرج كالصيد إذا نفره من الحرم فقتله إنسان في الحل فإن الضمان على المنفر ؟

قلنا . الشجر لا ينتقل بنفسه ولا يزول حرمة بإخراجه . ولهذا وجب على قائله رده ، والصيد يكون في الحرم تارة وفي الحل أخرى ، فن نفره فقد فوت حرمة ، فلو لم جزؤه ، وهذا لم يفوت حرمة بالإخراج فكان الجزاء على متلفه ، لأنه أتلّف شجراً حرمياً محرماً لتلافه .

(فصل) وإذا كانت شجرة في الحرم وغصنها في الحل فعلى قاطعه الضمان ، لأنه تابع لأصله ، وإن كانت في الحل وغصنها في الحرم فقطعه . ففيه وجهان :

أحدهما : لا ضمان فيه . وهو قول القاضي أبي يعلى ، لأنه تابع لأصله كالتى قبلها .

والثاني : يضمّنه ، اختاره ابن أبي موسى ، لأنه في الحرم . فإن كان بعض الأصل في الحل وبعضه في الحرم ضمن الغصن بكل حال ، سواء كان في الحل أو في الحرم ، تغليبا لحزمة الحرم . كما لو وقف صيد بعض قوائمه في الحل وبعضها في الحرم .

(فصل) ويحرم صيد المدينة وشجرها وحشيشها ، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة : لا يحرم ، لأنه لو كان محرماً لبينه النبي صلى الله عليه وسلم بيانا عاما ، ولوجب فيه الجزاء كصيد الحرم .

ولنا : ما روى على رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المدينة حرم ، ما بين ثور إلى غير » متفق عليه . وروى تحريم المدينة أبو هريرة ورافع وعبد الله بن زيد متفق على أحاديثهم ، ورواه مسلم عن سعد وجابر وأنس ، وهذا

يدل على تعميم البيان . وليس هو في الدرجة دون أخبار تحريم الحرم ، وقد قبلوه أثبتوا أحكامه ، على أنه ليس بممتنع أن يئنه بياناً خاصاً ، أو يئنه بياناً عاماً ، فينقل نقلاً خاصاً ، كصفة الأذان والوتر والإقامة .

(فصل) وحرم المدينة : ما بين لابتها . لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما بين لابتها حرام » ، وكان أبو هريرة يقول « لو رأيت الظباء ترمق بالمدينة ماذعرتها » متفق عليه . واللابة : الحرة . وهى أرض فيها حجارة سود . قال أحد ما بين لابتها حرام . يريد فى ريد . كذا فسرهُ مالك بن أنس . وروى أبو هريرة (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل حول المدينة اثنى عشر ميلاً حمى ، رواه مسلم . فأما قوله « ما بين ثور إلى غير » فقال أهل العلم بالمدينة : لا نعرف ثوراً ولا غيراً . وإنما جبلان بمكة . فيحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم أراد قدر ما بين ثور وغير . ويحتمل أنه أراد جبلين بالمدينة رحماها ثورا وعيرا تجوزا .

(فصل) فن فعل بما حرم عليه شيئاً فيه روايتان .

إحداهما : لا جزاء فيه . وهذا قول أكثر أهل العلم ، وهو قول مالك والشافعى فى الجديد . لأنه موضع يجوز دخوله بغير إحرام . فلم يجب فيه جزاء كصيد وج .

والثانى : يجب فيه الجزاء . روى ذلك عن ابن أبى ذئب . وهو قول الشافعى . فى القديم وابن المنذر . لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إني أكرم المدينة مثل ماكرم إبراهيم مكة » ونهى أن يعضد شجرها ويؤخذ طيرها . فوجب فى هذا الحرم الجزاء ، كما وجب فى ذلك ، إذ لم يظهر بينهما فترق . وجزاؤه لإباحة سلب القتال لمن أخذه . لما روى مسلم باسناده عن عامر بن سعد « أن سعدا ركب إلى قصره بالعقيق . فوجد عبداً يقطع شجراً أو يخططه ، فسلبه ، فلما رجع سعد جاء أهل العبد فكلّموه أن يرد على غلامهم أو عليهم . فقال : معاذ الله أن أرد شيئاً نفلتني رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأبى أن يرد عليهم ، وعن سعد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أخذ أحداً بصيد فيه فيسلبه » رواه أبو داود .

فعلی هذا : یباح لمن وجد آخذ الصيد أو قاتله أو قاطع الشجر سلبه . وهو أخذ ثیابه حتى سرویله . فان كان علی دابة لم یملك أخذها . لأن الدابة لیست من السلب وإنما أخذها قاتل الكافر فی الجهاد لأنه یستعان بها علی الحرب ، بخلاف مسألتنا . وإن لم یسلبه أحد فلا شیء علیه ، سوى الاستغفار والتوبة .

(فصل) ویفارق حرم المدينة حرم مكة فی شئین :

أحدهما : أنه یجوز أن یؤخذ من شجر حرم المدينة ما تدعو الحاجة إلیه للمساند والوسائد والرحلی ومن حشیشها ما تدعو الحاجة إلیه للملف . لما روى الإمام أحمد عن جابر ابن عبد الله : أن النبی صلی الله علیه وسلم لما حرم المدينة قالوا یارسول الله إنا أصحاب عمل وأصحاب نضج وإنا لانستطیع أرضا غیر أرضنا فرخص لنا فقال . القائماتن والوسادة والعارضة والمسند . فأما غیر ذلك فلا یعضد ، ولا یخبط منها شیء . قال اسماعیل بن أبی أویس قال خارجة : المسند . مرود البسكرة . فاستثنی ذلك وجعله مباحا کاستثناء الأذخر ممسکه . وعن علی عن النبی صلی الله علیه وسلم قال « المدينة حرام ما بین عائر إلی ثور ، لا یختلی خلاها ، ولا ینفر صیدها ، ولا یصاح أن یقطع منها شجرة إلا أن یعلق رجل بعیره ، وعن جابر أن رسول الله صلی الله علیه وسلم قال « لا یخبط ولا یعضد حی رسول الله صلی الله علیه وسلم ، ولكن یمش هشا رفیقا ورواهما أبو داود . ولأن المدينة یقرب منها شجر وزرع فلو منعنا من احتشاشها مع الحاجة أفضی إلی الضرر ، بخلاف مكة .

الثانی : أن من صاد صیدا خارج المدينة ثم أدخله إلیها لم یلزمه إرساله . نص علیه أحمد . لأن النبی صلی الله علیه وسلم کان یقول « یا أبا عمیر ، ما فعل النفر ؟ » وهو طائر صغیر . فظاهر هذا أنه أباح لمساکه بالمدينة إذ لم ینکر ذلك . وحرمة مكة أعظم من حرمة المدينة ، بدلیل أنه لا یدخلها إلا بحرم .

(فصل) صید وج وشجره مباح . وهو واد بالطائف ، وقال أصحاب الشافعی هو محرم ، لأن النبی صلی الله علیه وسلم قال « صید وج » . عضائها محرم ، رواه أحمد فی المسند

ولنا : الأصل الإباحة ، والحديث ضعیف ضعفه أحمد ، ذكره أبو بکر الخلال فی کتاب العلل

« مسألة » قال (وإن حصر بعدو نحر ما معه من الهدى وحل)

أجمع أهل العلم على أن المحرم إذا حصره عدو من المشركين أو غيرهم فنعموه الوصول إلى البيت ولم يجد طريقاً آمناً فله التحلل . وقد نص الله تعالى عليه بقوله (٢ : ١٩٥) فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى) وثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم « أمر أصحابه يوم حصرُوا في الحديبية أن ينحروا ويحلّقوا ويحلّوا ، وسواء كان الإحرام بجمع أو عمرة أو بهما في قول إمامنا وأبي حنيفة والشافعي ، وحكى عن مالك : أن المعتذر لا يتحلل ، لأنه لا يخاف القوات ، وليس بصحيح . لأن الآية إنما نزلت في حصر الحديبية ، وكان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه محرمين بعمرة حلّوا جميعاً .

وعلى من تحلل بالإحصار : الهدى في قول أكثر أهل العلم . وحكى عن مالك ليس عليه هدى ، لأنه لتحلل أبيع له من غير تفريط . أشبه من أتم حجه . وليس بصحيح . لأن الله تعالى قال (٢ : ١٩٥) فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى) قال الشافعي : لا خلاف بين أهل التفسير أن هذه الآية نزلت في حصر الحديبية . ولأنه أبيع له التحلل قبل إتمام نسكه . فكان عليه الهدى كالذي فاته الحج وبهذا فارق من أتم حجه .

(فصل) ولا فرق بين الحصر العام في حق الحاج كله وبين الخاص في حق شخص واحد ، مثل أن يحبس بغير حق أو أخذته اللصوص وحده . لعموم النص ووجود المعنى في الكل . فأما من حبس بحق عليه يمكنه الخروج منه لم يكن له التحلل . لأنه لا عذر له في الحبس ، وإن كان معسراً به عاجزاً عن أدائه فحبسه بغير حق فله التحلل كن ذكرنا ، وإن كان عليه دين مؤجل يحل قبل قدوم الحاج فنعه صاحبه من الحج فله التحلل أيضاً . لأنه معذور . ولو أحرم العبد بغير إذن سيده أو المرأة للتطوع بغير إذن زوجها فلها منعها . وحكما حكم المحصر .

(فصل) فإن أمكن المحصر الوصول من طريق أخرى لم يبع له التخلل . ولزمه سلوكها ، بعدت أو قربت ، خشى القوات أو لم يخشها ، فإن كان محرماً بعمرة لم يفت . وإن كان بجمع ففاته تحلل بعمرة ، وكذا لو لم يتحلل المحصر حتى خلى (٢١ - المتعج - ٣)

عنه لزمه السعى . وإن كان يعد فوات الحج ليتحلل بعمره ثم هل يلزمه القضاء إن فاته الحج ؟ فيه روايتان :

إحدهما : يلزمه ، كمن فاته بخطأ الطريق .

والثانية : لا يجب لأن سبب الفوات الحصر . أشبه من لم يحج طريقاً أخرى بخلاف الخطى .

(فصل) فأما من لم يحج طريقاً أخرى فتحلل فلا قضاء عليه ، إلا أن يكون واجباً يفعله بالوجوب السابق في الصحيح من المذهب ، وبه قال مالك والشافعي . وعن أحمد : أن عليه القضاء . روى ذلك عن مجاهد وعكرمة والشعبي ، وبه قال أبو حنيفة لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما تحلل زمن الحديبية قضى من قابل وسميت عمرة القضية . ولأنه حل من إحرامه قبل إتمامه فلزمه القضاء ، كما لو فاته الحج . ووجه الأولى أنه تطوع جاز التحلل منه مع صلاح الوقت له ، فلم يجب قضاؤه ، كما لو دخل في الصوم يعتقد أنه واجب فلم يكن ، فأما الخبر فإن الذين صدروا كانوا ألفاً وأربعمائة ، والذين اعتمرُوا مع النبي صلى الله عليه وسلم كانوا نفرأ يسيراً . ولم ينقل إلينا أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أحداً بالقضاء وأما تسميتها عمرة القضية فأما يعنى بها القضية التي اصطَلَحُوا عليها واتفقوا عليها . ولو أرادوا غير ذلك لزالوا عمرة القضاء . ويفارق الفوات فإنه مفترط بخلاف مسألتنا .

(فصل) وإذا قدر المحصر على الهدى فليس له الحل قبل ذبحه . فإن كان معه هدى قد ساقه أجزأه وإن لم يكن معه لزمه شراؤه إن أمكنه . ويجزئه أدنى الهدى ، وهو شاة أو سبع بدنة . لقوله تعالى (٢ : ١٥٩) فما استيسر من الهدى) وله نحره في موضع حصره من حل أو حرم . نص عليه أحمد . وهو قول مالك والشافعي إلا أن يكون قادراً على أطراف الحرم ففيه وجهان :

أحدهما : يلزمه نحره فيه . لأن الحرم كله منحر وقد قدر عليه .

والثاني : ينحره في موضعه . لأن النبي صلى الله عليه وسلم نحر هديه في موضعه . وعن أحمد : ليس للمحصر نحر هديه إلا في الحرم ، فيبعثه ويواطئ رجلاً على نحره في وقت يتحلل فيه ، وهذا يروى عن ابن مسعود فيمن لدغ في الطريق .

وروى نحو ذلك عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء ، وهذا والله أعلم فيمن كان حصره خاصاً . وأما المحصر العام فلا يذبحى أن يقوله أحد . لأن ذلك يفضى إلى تعذر الحل لتعذر وصول الهدى إلى محله . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه نحرُوا هداياهم في الحديبية . وهى من الحل . قال البخارى قال مالك وغيره : إن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه حلقوا وحلوا من كل شيء قبل الطواف ، وقبل أن يصل الهدى إلى البيت ، ولم يذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أحداً أن يذبح شيئاً . ولا أن يعود إليه . وروى : أن النبي صلى الله عليه وسلم نحر هديه عند الشجرة التى كانت تحتها بيعة الرضوان ، وهى من الحل باتفاق أهل السيرة والنقل . قال الله تعالى (٤٨ : ٢٥) والهدى معكوفاً أن يبلغ محله (ولأنه موضع حله . فكان موضع نحره كالحرم . وسائر الهدايا يحسوز للمحصر نحرها في موضع تحلله .

فإن قيل : فقد قال الله تعالى (٢ : ١٩٦) ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله (وقال (٢٢ : ٢٣) ثم محلها إلى البيت العتيق) ولأنه ذبح يتعلق بالإحرام فلم يجوز في غير الحرم كدم الطيب واللباس .

قلنا : الآية في حق غير المحصر . ولا يمكن قياس المحصر عليه . لأن تحلل المحصر في الحل وتحلل غيره في الحرم . فكل منهما ينحر في موضع تحلله . وقيل في قوله (٢ : ١٩٦) حتى يبلغ الهدى محله (أى حتى يذبح ، وذبحه في حق المحصر في موضع حله اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم .

(فصل) ومتى كان المحصر محرماً بعمره فله التحلل ونحر هديه وقت حصره . لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ذبحوا الهدايا نحرها هداياهم بها قبل يوم النحر ، وإن كان مفرداً أو قارناً فكذلك في إحدى الروايتين . لأن الحج أحد النسكين . فجاز الحل منه ونحر هديه وقت حصره كالعمرة ، ولأن العمرة لا تفوت وجميع الزمان وقت لها ، فإذا جاز الحل منها ونحر هديها من غير خشية فواتها . فأنلج الذى يخشى فواته أولى .

والرواية الثانية : لا يحل ولا ينحر هديه إلى يوم النحر . نص عليه في رواية

الأثرم وحنبل . لأن الهدى محل زمان ومحل مكان ، فإذا عجز عن محل المكان فسقط بقى محل الزمان واجباً لإمكانه ، وإذا لم يعجز له نحر الهدى قبل يوم النحر لم يعجز التحلل لقوله سبحانه (ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله) .

وإذا قلنا بجواز التحلل قبل يوم النحر فالمستحب له مع ذلك الإقامة مع إحرامه رجاء زوال الحصر ، فتي زال قبل تحلله فعليه المضى لإتمام نسكه بغير خلاف فعله . قال ابن المنذر : قال كل من أحفظ شئ من أهل العلم : إن من يشأن أن يصل إلى البيت فجاز له أن يحل فلم يفعل حتى خلى سبيله إن عليه أن يقضى مناسكه ، وإن زال الحصر بعد فوات الحج تحلل بعمل عمرة . فإن فات الحج قبل زوال الحصر تحلل بهدى ، وقيل : عليه ههنا هديان : هدى للفوات ، وهدى للاحصار ، ولم يذكر أحد في رواية الأثرم هدياً ثانياً في حق من لا يتحلل إلا يوم النحر .

(فصل) فإن أحصر عن البيت بعد الوقوف بعرفة فله التحلل . لأن الحصر يفيد التحلل من جميعه فأفاد التحلل من بعضه ، وإن كان ما حصر عنه ليس من أركان الحج كالرمي وطواف الوداع والمبيت بمزدلفة أو بمنى في لياليها . فليس له التحلل . لأن صحة الحج لا تقف على ذلك . ويكون عليه دم لتركه ذلك . وحجه صحيح ، كما لو تركه من غير حصر ، وإن أحصر عن طواف الإفاضة بعد رمي الجمرة فليس له أن يتحلل أيضاً . لأن إحرامه إنما هو عن النساء . والشرع إنما ورد بالتحلل من الإحرام التام الذي يحرم جميع محظوراته . فلا يثبت بما ليس مثله ، ومتى زال الحصر أتى بالطواف وقد تم حجه .

(فصل) فأما من يتمكن من البيت ويصد عن عرفة فله أن يفسخ نية الحج ويجعله عمرة . ولا هدى عليه . لأننا أبخنا له ذلك من غير حصر فحصره أولى ، فإن كان قد طاف وسعى للقُدوم ثم أحصر ، أو مرض حتى فاتته الحج تحلل بطواف وسعى آخر . لأن الأول لم يقصد به طواف العمرة ولا سعيها . وليس عليه أن يجدد إحراماً ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور ، وقال الزهري : لا بد أن يقف بعرفة وقال محمد بن الحسن : لا يكون محصراً بمكة ، وروى ذلك عن أحمد ، فإن فاته الحج فخكه حكم من فاته بغير حصر ، وقال مالك : يخرج إلى الحل ويفعل ما يفعل المعتمر ، فإن أحب أن يستنيب من يتمم عنه أفعال الحج جاز في التطوع ،

لأنه جاز أن يستنيب في جملة لحاظ في بعضه ، ولا يجوز في حج الفرض إلا إن
يئس من القدرة عليه في جميع العمر كما في الحج كله

(فصل) وإذا تحال المحصر من الحج فزال الحصر وأمكنه الحج لزمه ذلك
إن كانت حجة الإسلام أو قلنا بوجوب القضاء ، أو كانت الحجة واجبة في الجملة ،
لأن الحج يجب على الفور ، وإن لم تكن الحجة واجبة ولا قلنا بوجوب القضاء
فلا شيء عليه كن لم يجرم .

(فصل) وإن أحصر في حج فاسد فله التحلل ، لأنه إذا أبيح له التحلل
في الحج الصحيح فالفساد أولى ، فإن حل ثم زال الحصر وفي الوقت سعة . فله
أن يقضى في ذلك العام ، وليس يتصور القضاء في العام الذي أفسد الحج فيه في غير
هذه المسألة .

• مسألة ، قال (فإن لم يكن معه هدى ولا يقدر عليه صام عشرة أيام ثم حل)

وجملة ذلك : أن المحصر إذا عجز عن الهدى انتقل إلى صوم عشرة أيام ثم
حل ، وبهذا قال الشافعي في أحد قولي ، وقال مالك وأبو حنيفة : ليس له بدل ،
لأنه لم يذكر في القرآن .

ولنا : أنه دم واجب للأحرام فكان له بدل كدم التمتع والطيب واللباس ،
وترك النص عليه لا يمنع قياسه على غيره في ذلك . ويتعين الانتقال إلى صيام
عشرة أيام ، كبذل هدى التمتع ؛ وليس له أن يتحلل إلا بعد الصيام ، كما لا يتحلل
واجد الهدى إلا بنحره . وهل يلزمه الحلق أو التقصير مع ذبح الهدى أو الصيام ؟
ظاهر كلام الحنفي : أنه لا يلزمه ، لأنه لم يذكره ، وهو إحدى الروايتين عن
أحمد ، لأن الله تعالى ذكر الهدى وحده ولم يشرط سواء .

والثانية : عليه الحلق أو التقصير ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم حلق يوم
الحديبية ، وفعله في النسك دال على الوجوب ، ولعل هذا ينبئ على أن الحلق
نسك أو إطلاق من محذور ؛ على ما يذكر في موضعه إن شاء الله ،

(فصل) ولا يتحلل إلا بالنية مع ما ذكرنا . فيحصل الحل بشيئين : النحر ،

أو الصوم ؛ والنية إن قلنا الحلاق ليس بنفسك . وإن قلنا : هو نسك حصل بثلاثة أشياء . الحلاق مع ما ذكرنا .

فإن قيل : فلم اعتبرتم النية ههنا وهي في غير المحصر غير معتبرة ؟

قلنا : لأن من أتى بأفعال النسك فقد أتى بما عليه ؛ فيحل منها ما كمالها ، فلم يحتاج إلى نية ، بخلاف المحصور . فإنه يريد الخروج من العبادة قبل إكمالها فافتقر إلى قصده ؛ ولأن الذبيح قد يكون لغير الحل ، فلم يتخصص لإلحاق قصده ، بخلاف الرمي . فإنه لا يكون إلا للنسك ، فلم يحتاج إلى قصده .

(فصل) فإن نوى التحال قبل الهدى أو الصيام لم يتحلل . وكان على إحرامه حتى ينحر الهدى أو يصوم ؛ لأنهما أقيما مقام أفعال الحج ؛ فلم يحل قبلهما ؛ كما لا يتحلل القادر على أفعال الحج قبلها ؛ وليس عليه في نية الحل فدية ؛ لأنها لم تؤثر في العبادة ؛ فإن فعل شيئا من محظورات الإحرام قبل ذلك فعليه فديته ؛ كما لو فعل القادر ذلك قبل أفعال الحج .

(فصل) وإذا كان العدو الذي حصر الحاج مسلين فأمكن الانصراف ، كان أولى ، من قتالهم ، لأن في قتالهم مخاطرة بالنفس والمال وقتل مسلم ، فسكان تركه أولى ، ويجوز قتالهم ، لأنهم نعدوا على المسلمين بمنهم طريقتهم ، فأشبهوا سائر قطائع الطريق ، وإن كانوا مشركين لم يجب قتالهم ، لأنه إنما يجب بأحد أمرين إذا بدأوا بالقتال ، أو وقع النفي فاحتج إلى مدد ، وليس ههنا واحد منهما ، لكن إن غلب على ظن المسلمين الظفر بهم استحسب قتالهم ، لما فيه من الجهاد وحصول النصر وإتمام الفسك ، وإن غلب على ظنهم الكفار فالأولى الانصراف ، لئلا يفرروا بالمسلمين ، ومتى احتاجوا في القتال إلى لبس ما يجب فيه الصدية كالدرع والمغفر فعلموا ، وعليهم الصدية ، لأن لبسهم لأجل أنفسهم فأشبهه مالو لبسوا للاستدفاع من دفع برد .

(فصل) فإن أذن لهم العدو في العبور فلم يثبوا بهم فلمهم الانصراف ، لأنهم خائفون على أنفسهم ، فسكأنهم لم يأمنوهم وإن وثقوا بأمانهم وكانوا معروفين بالوفاء لزمهم المضى على إحرامهم ، لأنه قد زال حصرهم ، وإن طلب العدو خفارة على تخليط الطريق وكان من لا يرتق بأمانه لم يلزمهم بذلك ، لأن الخوف باق مع

البذل ، وإن كان موثقاً بأمانه والخفارة كثيرة لم يجب بذله ، بل يكره إن كان العدو كافراً ، لأن فيه صغراً وتقوية للكفر ، وإن كانت يسيرة بقياس المذهب : وجوب بذله كالزيادة في ثمن الماء للوضوء . وقال بعض أصحابنا : لا يجب بذل خفارة بحال . وله التحلل ، كما أنه في ابتداء الحج لا يلزمه إذا لم يجد طريقاً آمناً من غير خفارة .

« مسألة ، قال (وإن منع من الوصول إلى البيت بمرض أو ذهاب نفقة بعث بهدى إن كان معه ليذبحه بمكة ؛ وكان على إحرامه حتى يقدر على البيت) .

المشهور في المذهب : أن من يتعذر عليه الوصول إلى البيت بغير حصر العدو من مرض أو عرج أو ذهاب نفقة ونحوه . أنه لا يجوز له التحلل بذلك . روى ذلك عن ابن عمر وابن عباس ومروان . وبه قال مالك والشافعي وإسحاق ؛ وعن أحمد رواية أخرى : له التحلل بذلك . روى نحوه عن ابن مسعود . وهو قول عطاء والنخعي والثوري وأصحاب الرأي وأبي ثور . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى ، رواه النسائي ؛ ولأنه محصر يدخل في عموم قوله تعالى (٢ : ١٩٦) فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى) يحققه : أن لفظ « الإحصار ، إنما هو للبرص ونحوه . يقال : أحصره المرض لإحصاراً فهو محصر ؛ وحصره العدو حصراً فهو محصور . فيكون اللفظ صريحاً في محل النزاع وحصر العدو مقيس عليه ؛ ولأنه مصدود عن البيت . أشبه من صده عدو .

ووجه الأولى : أنه لا يستفيد بالإحلال الانتقال من حاله ولا التخلص من

الأذى الذي به ، بخلاف حصر العدو ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم « دخل على ضباعة بنت الزبير ، فقالت : إني أريد الحج وأنا شاكية . فقال : حجى واشترطى أن يحلى حيث حبستى ، فلو كان المرض يبيح الحل ما اجتاحت إلى شرط . وحديثهم متروك الظاهر ، فإن مجرد الكسر والعرج لا يصير بها جللاً ، فإن حلوه على أنه يبيح التحلل حملناه على ما إذا اشترط الحل بذلك ، على أن في حديثهم كلاماً . فإنه يرويه ابن عباس ، ومذهبه خلافه . فإن قلنا : يتحلل فحكمه حكم من أحصر بعدو على ما مضى ، وإن قلنا : لا يتحلل . فإنه يقيم على إحرامه

ويبعث ما معه من الهدى ليذبح بمكة وليس له نحره في مكانه . لأنه لم يتحلل ، فإن فاتته الحج تحلل بعمره كغير المريض .

(فصل) وإن شرط في ابتداء إحرامه أن يحل متى مرض أو ضاعت نفقته أو نفدت أو نحوه ، أو قال : إن حبسني حابس فحلي حيث حبسنى . فله الحل متى وجد ذلك ، ولا شيء عليه لاهدى ولا قضاء ولا غيره فإن للشرط تأثيراً في العبادات . بدليل أنه لو قال : إن شفى الله مريضى صمت شهراً متتابعاً أو متفرقاً كان على ما شرطه . وإنما لم يلزمه الهدى والقضاء لأنه إذا شرط شرطاً كان إحرامه الذى فعله إلى حين وجود الشرط . فصار بمنزلة من أكمل أفعال الحج ، ثم ينظر في صيغة الشرط . فإن قال : إن مرضت فلي أن أحل وإن حبسنى حابس فحلي حيث حبسنى ، فإذا حبس كان بالخيار بين الحل وبين البقاء على الإحرام . وإن قال : إن مرضت فأنا حلال ، ففى وجد الشرط حل بوجوده لأنه شرط صحيح فكان على ما شرط .

«مسألة» قال (فإن قال : أنا أرفض إحرامى وأحل ، فلبس الثياب وذبح الصيد وعمل ما يعملُه الحلال . كان عليه في كل فعل فعله دم ، وإن كان وطئ فعله للوطء بدنة مع ما يجب عليه من الدماء) .

وجملة ذلك : أن التحلل من الحج لا يحصل إلا بأحد ثلاثة أشياء : كالأعمال أو التحلل عند الحصر ، أو بالعدول إذا شرط . وما عدا هذا فليس له أن يتحلل به . فإن نوى التحلل لم يحصل ، ولا يفسد الإحرام برفضه . لأنه عبادة لا يخرج منها بالفساد : فلا يخرج منها برفضها ، بخلاف سائر العبادات . ويكون الإحرام باقياً في حقه ، تلزمه أحكامه ويلزمه جزاء كل جنابة جناها عليه ، وإن وطئ أفسد حججه وعليه لذلك بدنة مع ما وجب عليه من الدماء ، سواء كان الوطء قبل الجنائيات أو بعدها ، فإن الجنابة على الإحرام الفاسد توجب الجزاء كالجنابة على الصحيح . وليس عليه لرفضه الإحرام شيء . لأنه مجرد نية لم تؤثر شيئاً .

«و مسألة» قال (ويمضى في الحج الفاسد ويحج من قابل) .
 جملة ذلك : أن الحج لا يفسد إلا بالجماع . فإذا فسد فعليه إتمامه . وليس له

الخروج منه . روى ذلك عن عمر وعلى وأبي هريرة وابن عباس رضى الله عنهم ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال الحسن ومالك : يخل الحجة عمرة ولا يقيم على حجة فاسدة . وقال داود : يخرج بالإفساد من الحج والعمرة . لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » .

ولنا : عموم قوله تعالى (٢ : ١٩٥) وأنموا الحج والعمرة لله) ولأنه قول من سمينا من الصحابة . ولم نعرف لهم مخالفاً . ولأنه معنى يجب به القضاء . فلم يخرج به منه كالفوات ، والخبر لا يلزمنا . لأن المضى فيه بأمر الله . وإما وجب القضاء . لأنه لم يأت به على الوجه الذى يلزمه بالإحرام ، ونخص مالكاً بأنها حجة لا يمكنه الخروج منها بالإخراج . فلا يخرج منها إلى عمرة كالصحيحة .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يخل من الفاسد بل يجب عليه أن يفعل بعد الإفساد كل ما يفعله قبله . ولا يسقط عنه ترابع الوقوف من المبيت بمزدلفة والرمى ، ويحتجب بعد الإفساد كل ما يحتجبه قبله من الوطء ثانياً . وقتل الصيد والطيب واللباس ونحوه وعليه الفدية فى الجناية على الإحرام الفاسد ، كالفدية فى الجناية على الإحرام الصحيح ، فأما الحج من قابل فيلزمه بكل حال . لكن إن كانت الحجة التى أفسدها واجبة بأصل الشرع أو بالنذر أو قضاء كانت الحجة من قابل مجزئة لأن الفاسد إذا انضم إليه القضاء أجزأ عما يجزئ عنه الأول لو لم يفسده ، وإن كانت الفاسدة تطوعاً وجب قضاؤها . لأنه بالدخول فى الإحرام صار الحج عليه واجباً . فإذا أفسده وجب قضاؤه كالمندور . ويكون القضاء على الفور . ولا نعلم فيه مخالفاً . لأن الحج الاصلى واجب على الفور . فهذا أولى . لأنه قد تعين بالدخول فيه . والواجب بأصل الشرع لم يتعين بذلك .

(فصل) ويحرم بالقضاء من أبعد الموضعين : الميقات أو موضع إحرامه الأول لأنه إن كان الميقات أبعد فلا يجوز له تجاوز الميقات بغير إحرام ، وإن كان موضع إحرامه أبعد فعليه الأحرام بالقضاء منه . نص عليه أحمد . وروى ذلك عن ابن عباس وسعيد بن المسيب والشافعى وإسحاق . واختاره ابن المنذر ، وقال النخعى : يحرم من موضع الجماع . لأنه موضع الإفساد .

ولنا : أنها عبادة فكان قضاؤها على حسب أدائها كالصلاة .

(فصل) وإذا قضيا تفريقا من موضع الجماع حتى يقضيا حجهما . روى هذا عن عمر وابن عباس . وروى سعيد والأثرم بإسناديهما عن عمر أنه سئل عن رجل وقع بامرأته وهما محرمان . فقال : أتما حجكما فإذا كان عام قابل لحجها واهديا . حتى إذا بلغتما المكان الذى أصبتما فيه ما أصبتما فتفريقا حتى تحلا ، وروى عن ابن عباس مثل ذلك . وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وروى عن أحمد : أنهما يتفريقان من حيث يحرمان حتى يحلا ، ورواه مالك في الموطأ عن علي بن رضى الله عنه . وروى عن ابن عباس وهو قول مالك . لأن التفريق بينهما خوفاً من معاودة المحذور . وهو يوجد في جميع إحرامهما .

ووجه الأول : أن ما قبل موضع الإفساد كان لإحرامهما فيه صحيحاً فلم يجب التفريق فيه كالذى لم يفسد ، وإنما اختص التفريق بموضع الجماع . لأنه ربما يذكره برؤية مكانه فيدعوه ذلك إلى فعله ، ومعنى التفريق أن لا يركب معها في الحمل ، ولا ينزل معها في فسطاط ونحوه . قال أحمد : يتفريقان في النزول وفي الحمل والفسطاط ، ولكن يكون بقربها . وهل يجب التفريق أو يستحب ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا يجب . وهو قول أبي حنيفة . لأنه لا يجب التفريق في قضاء رمضان إذا أفسدها ، كذلك الحج . والثاني : يجب . لأنه روى عن سمينا من الصحابة الأمر به ، ولم تعرف لهم مخالفاً ، ولأن الاجتماع في ذلك الموضع يذكر الجماع فيكون من دواعيه . والأول أولى . لأن حكمة التفريق الصيانة عما يتوهم من معاودة الوقاع عند تذكره برؤية مكانه . وهذا وهم بعيد لا يقتضى الإيجاب .

(فصل) والعمرة فيما ذكرناه كالحج فإن كان المعتمر مكياً ، حرم بها من الحل - أحرم للقضاء من الحل ، وإن كان أحرم بها من الحرم أحرم للقضاء من الحل . ولا فرق بين المسكى ومن حصل بها من المجاورين . وإن أفسد المتمتع عمرته ومضى في فاسدها فأتمها ، فقال أحمد : يخرج إلى الميقات فيحرم منه للحج . فإن خشى الفوات أحرم من مكة وعليه دم ، فإذا فرغ من حجه خرج إلى الميقات فأحرم منه بعمرة مكان التى أفسدها ، وعليه هدى يذبحه إذا قدم مكة

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (فإذا دخل المسجد فلا استحباب له أن يدخل من باب بنى شيبة . فإذا رأى البيت رفع يديه وكبر)

إنما استحجب دخول المسجد من باب بنى شيبة . لأن النبي صلى الله عليه وسلم دخل منه ، وفي حديث جابر الذي رواه مسلم وغيره « أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل مكة ارتفاع الضحى ، وأناخ راحلته عند باب بنى شيبة ، ودخل المسجد ،

ويستحب رفع اليدين عند رؤية البيت (١) روى ذلك عن ابن عمر وابن عباس . وبه قال الثوري وابن المبارك والشافعي وإسحاق . وكان مالك لا يرى رفع اليدين . لما روى عن المهاجر المسكي قال « سئل جابر بن عبد الله عن الرجل يرى البيت . أيرفع يديه ؟ قال : ما كنت أظن أحداً يفعله هذا إلا اليهود . حججنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يكن يفعله ، وواه النسائي .

ولنا : ما روى أبو بكر بن المنذر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن . افتتاح الصلاة ، واستقبال البيت ، وعلى الصفا والمروة . وعلى الموقفين والمجرئين ، وهذا من قول النبي صلى الله عليه وسلم وذلك من قول جابر ، وخبره عن ظنه وفعله . وقد خالفه ابن عمر وابن عباس ، ولأن الدعاء مستحب عند رؤية البيت . وقد أمر برفع اليدين عند الدعاء .

(فصل) ويستحب أن يدعو عند رؤية البيت فيقول : اللهم أنت السلام ومنك السلام حيناً ربنا بالسلام ، اللهم زد هذا البيت تعظيماً وتشريفاً وتكريماً ومهابة وبراً ، وزد من عظمه وشرفه بمن حجه واعتمره تعظيماً وتشريفاً وتكريماً ومهابة وبراً ، الحمد لله رب العالمين كثيراً كما هو أهل ، وكما ينبغي لكرم وجهه وعز جلاله ، الحمد لله الذي بلغنى بيته ورآنى لذلك أهلاً . والحمد لله على كل حال . اللهم إنك دعوت إلى حج بيتك الحرام وقد جئت لك ، اللهم تقبل منى واعف عني ، واصلح لى شأنى كله لا إله إلا أنت . قال الشافعي في مسنده : أخبرنا

(١) الروايات في رفع اليدين هنا والثناء ضعيفة . لا يحتاج بشيء منها .

سعيد بن سالم عن ابن جريج (١) «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا رأى البيت رفع يديه وقال : اللهم زد هذا البيت تشريفاً وتكريماً وتعظيماً ومهابة وبراً ، وزد من شرفه من حجه واعتمره تشريفاً وتكريماً وتعظيماً وبراً ، وروى بإسناده عن سعيد بن المسيب أنه كان حين نظر إلى البيت يقول : اللهم أنت السلام ومنك السلام حيناً ربنا بالسلام ، قال بعض أصحابنا : يرفع صوته بذلك .

(فصل) وإذا دخل المسجد فذكر فريضة أو فائتة أو أقيمت الصلاة المكتوبة قدمهما على الطواف ، لأن ذلك فرض والطواف تحية ، ولأنه لو أقيمت الصلاة في أثناء طوافه قطعه لأجلها ، فلأن يبدأ بها أولى ، وإن خاف فوت ركعتي الفجر أو الوتر أو حضرت جنازة قدمها ، لأنها سنة يخاف فوتها والطواف لا يفوت .

د مسألة ، قال (ثم أتى الحجر الأسود إن كان فاستلمه إن استطاع وقبله)

معنى «استلمه» أى مسحه بيده . أى مأخوذ من السلام وهى الحجارة فإذا مسح الحجر قبل استلم أى مس السلام . قاله ابن قتيبة ، والمستحب لمن دخل للمسجد : أن لا يمر على شيء قبل الطواف بالبيت اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم . فإنه كان يفعل ذلك ، قال جابر فى حديثه الصحيح «حتى أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً ، وعن عروة بن الزبير عن عائشة «أن النبى صلى الله عليه وسلم حين قدم مكة تواضاً ثم طاف بالبيت ، متفق عليه ، وروى ذلك عروة عن أبي بكر وعمر وعثمان وعبد الله بن عمر ومعاوية وابن الزبير والمهاجرين وعائشة وأسماء ابنتى أبي بكر ، ولأن الطواف تحية المسجد الحرام . فاستحب البداءة به ، كما استحب لداخل غيره من المساجد أن يصلى ركعتين . ويبتدىء الطواف بالحجر الأسود . فيستلمه . وهو أن يمسه بيده وقبله ، قال أسلم «رأيت عمر بن الخطاب رضى الله عنه قبل الحجر وقال : إني لأعلم أنك

(١) الحديث منقطع معضل ، ولذلك قال الشافعى راويه ، ليس فى رفع اليدين عند رؤية البيت شيء ، فلا أكرهه ولا استحبّه قال البيهقي : فكانه لم يعتمد على الحديث لا لقطعاه .

حجر لا تضرب ولا تنفع . ولولا أني رأيت رسول الله عليه وسلم قبلك ما قبلتك . متفق عليه وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : استقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم الحجر ثم وضع شفتيه عليه يسكن طويلاً ثم التفت ، فإذا هو بعمر بن الخطاب رضي الله عنه يسكن فقال : يا عمر ههنا تسكب العبرات ، وقول الخرقى : إن كان ، يعنى إن كان الحجر فى موضعه لم يذهب به ، كما ذهب به القرامطة مرة حين ظهروا على مكة فإذا كان ذلك والياذ بالله . فإنه يقف مقابلاً لمكانه ويستلم الركن : وإن كان الحجر موجوداً فى موضعه استلمه وقبله . فإن لم يمكنه استلامه وتقبيله قام حياله أى بحذائه واستقبله بوجهه فكبر وهلل . وهكذا إن كان راكباً . فقد روى البخارى عن ابن عباس قال : طاف النبي صلى الله عليه وسلم على بعير كلما أتى الحجر أشار إليه بشيء فى يده وكبر . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعمر : إنك لرجل شديد تؤذى الضعيف إذا طفت بالبيت . فإذا رأيت خلوة من الحجر فادن منه ولا فكبر ثم امض ، فإن أمكنه استلام الحجر بشيء فى يده كالعصا ونحوها فعل (١) . فقد روى ابن عباس : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف فى حجة الوداع يستلم الركن بمحجن ، وهذا كله مستحب . ويقول عند استلام الحجر : باسم الله والله أكبر إيماناً بك وتصديقاً بكتابك ، وفاء بعهدك ، واتباعاً لسنة نبيك محمد صلى الله عليه وسلم ، رواه عبد الله بن السائب عن النبي صلى الله عليه وسلم .

(فصل) ويحاذى الحجر بجميع بدنه . فإن حاذاه ببعضه احتمل أن يجزئه . لأنه حكم يتعلق بالبدن فأجزأ فيه بعضه كالحد . ويحتمل أن لا يجزئه . لأن النبي صلى الله عليه وسلم استقبل الحجر واستلمه . وظاهر هذا . أنه استقبله بجميع بدنه ولأن ما لزمه استقباله لزمه بجميع بدنه كالقبلة . فإذا قلنا : بجرب ذلك فلم ينفله أوبداً بالطواف من دون الركن كالباب ونحوه لم يحسب له بذلك الشوط .

(١) إيذاء الناس محرم ، واستلام الحجر مستحب ، فمن الجهل الفاضح ما يجرى دائماً فى وقت الزحام من إيذاء الأقوياء للضعفاء وضمطهم للفساء لأجل استلام الحجر فالرجل يرتكب عدة معاصٍ لأجل مستحب واحد .

ويحتسب بالشروط الثاني وما بعده ، ويصير الثاني أوله . لأنه قد حاذى فيه الحجر بجميع بدنه وأتى على جميعه . فإذا أكل سبعة أشواط غير الأول صح طوافه وإلا لم يصح .

(فصل) والمرأة كالرجل إلا أنها إذا قدمت مكة نهراً فأمنت الحيض والنفس استحب لها تأخير الطواف الى الليل ليسكون أستر لها . ولا يستحب لها مزاحمة الرجال لاستلام الحجر ، لكن تشير بيدها اليه كالذي لا يمكنه الوصول اليه . كما روى عطاء قال كانت عائشة تطوف حجرة من الرجال لانخالطهم . فقالت امرأة: انطلقى نستلم يا أم المؤمنين . قالت : انطلقى عنك وأبت ، (١) وان خافت حيضاً أو نفاساً استحب لها تسجيل الطواف كي لا يفوتها .

« مسألة » قال (ويضطجع بردائه) .

معنى الاضطجاع: أن يحمل وسط الرداء تحت كتفه اليمنى ويرد طرفه على كتفه اليسرى ويبقى كتفه اليمنى مكشوفة . وهو مأخوذ من الضجع ، وهو عَضُد الإنسان: افتعال منه وكان أصله : اضتجع فقبلوا التاء طاء ، لأن التاء متى وضعت بعد ضاد أو صاد أو طاء ساكنة قلبت طاء . ويستحب الاضطجاع في طواف القدوم . لما روى أبو داود وابن ماجه عن يعلى بن أمية « أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف مضطجعا ، وروى أيضا عن ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه اعتمرُوا من الجعرانة . فرملوا بالبيت وجعلوا أرديتهم تحت أباطهم ، ثم قذفوها على عواقمهم اليسرى ، وبهذا قال الشافعي وكثير من أهل العلم . وقال مالك : ليس الاضطجاع بسنة . وقال : لم أسمع أحداً من أهل العلم يبلدنا يذكر أن الاضطجاع سنة . وقد ثبت بما رويناه أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فعلوه . وقد أمر الله باتباعه وقال (٢٣ : ٢١) لقد كان أمكم في رسول الله أسوة حسنة) وقد روى أسلم عن عمر بن الخطاب « أنه اضطجع ورمل . وقال : فقيم الرمل ، ولم نبدي منا كبنا وقد نفى الله للمشركين ؟ بلى ، لن ندع شيئاً فعلناه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . » . رواه أبو داود . وإذا فرغ من

(١) هكذا في الاصل ولعله « أنت »

الطواف سوى رداه . لأن الاضطباع غير مستحب في الصلاة . وقال الأثرم :
إذا فرغ من الأشواط التي يرمل فيها سوى رداه . والاول أول . لأن قوله « طاف
النبي صلى الله عليه وسلم مضطبعا » ينصرف إلى جميعه . ولا يضطبع في غير هذا
الطواف . ولا يضطبع في السعى . وقال الشافعي : يضطبع فيه . لأنه أحد الطوافين .
فأشبه الطواف بالبيت .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يضطبع فيه . والسنة في الاقتداء به . قال
أحمد : ما سمعنا فيه شيئا . والقياس لا يصح إلا فيما عقل معناه ، وهذا تعبد محض .

« مسألة ، قال « رمل ثلاثة أشواط ومشى أربعة . كل ذلك من الحجر الأسود
إلى الحجر الأسود)

معنى الرمل : إسراع المشى مع مقاربة الخطو من غير وثب . وهو سنة في
الأشواط الثلاثة الأول من طواف القدوم . ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا ، وقد
ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم « رمل ثلاثا ومشى أربعاً » ، رواه جابر وابن
عباس وابن عمر . وأحاديثهم متفق عليها .

فإن قيل : إنما رمل النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لإظهار الجلود للمشركين
ولم يبق ذلك المعنى ، إذ قد نفى الله المشركين ، فلم قلتم ، إن الحكم يبق بعد
زوال علته ؟

قلنا قد رمل النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه واضطبع في حجة الوداع بعد
الفتح . فثبت أنها سنة ثابتة . وقال ابن عباس « رمل النبي صلى الله عليه وسلم في
عمره كلها ، وفي حجه وأبو بكر وعمر وعثمان والخلفاء من بعده » ، رواه أحمد في
المستند ، وقد ذكرنا حديث عمر .

إذا ثبت هذا : فإن الرمل سنة في الأشواط الثلاثة بكاملها يرمل من الحجر
إلى أن يعود إليه لا يمشى في شيء منها ، وروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن مسعود
وابن الزبير رضي الله عنهم . وبه قال عروة والنخعي ومالك والثوري والشافعي
وأصحاب الرأي ، وقال طاوس وعطاء والحسن وسعيد بن جبير والقاسم بن محمد وسالم
ابن عبد الله : يمشى ما بين الركبتين لما روى ابن عباس قال : « قدم رسول الله

صلى الله عليه وسلم وأصحابه مكة وقد وهنتهم الحى . فقال المشركون : إنه يقدم عليكم قوم قد وهنتهم حى يثرب ولقوا منها شرا . فأطاع الله نبيه صلى الله عليه وسلم على ما قالوا . فلما قدموا قعد المشركون ما بلى الحجر . فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه أن يرملوا الاشواط الثلاثة ويمسوا ما بين الركنين ليرى المشركون جلدهم ، ذل . أدهم . ملوا قال المشركون : هؤلاء الذين زعتم أن الحى قد وهنتهم : هؤلاء أجلا . منا . قال ابن عباس : ولم يمنعه أن يأمرهم أن يرملوا الاشواط كلها إلا الإبقاء عليهم ، متفق عليه .

ولنا : ما روى ابن عمر : أن النبي صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر إلى الحجر ، وفي مسلم عن جابر قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر حتى انتهى إليه ، وهذا يقدم على حديث ابن عباس لوجه : منها : أن هذا لإثبات ، ومنها : أن رواية ابن عباس لإخبار عن عمرة القضية . وهذا لإخبار عن فعل في حجة الوداع فيكون متأخراً . فيجب العمل به وتقديمه . الثالث : أن ابن عباس كان في تلك الحال صغيراً لا يضبط مثل جابر وابن عمر فإنهما كانا رجلين يتبعان أفعال النبي صلى الله عليه وسلم وبحر صان على حفظها فما أعلم ولأن جلة الصحابة عملوا بما ذكرنا ، ولو تلموا من النبي صلى الله عليه وسلم ما قال ابن عباس ما عدلوا عنه إلى غيره . ويحتمل أن يكون ما رواه ابن عباس اختصاص بالذين كانوا في عمرة القضية لضعفهم والإبقاء عليهم ، وما روينا سنة في سائر الناس .

(فصل) يستحب الدنو من البيت . لأنه هو المقصود . فإن كان قرب البيت زحام فظن أنه إذا وقف لم يؤذ أحداً وتمكن من الرل وقف ليجمع بين الرمل والدنو من البيت ، وإن لم يظن ذلك وظن أنه إذا كان في حاشية الناس تمكن من الرمل فسل وكان أولى من الدنو ، وإن كان لا يتمكن من الرمل أيضاً أو يختلط بالنساء فالدنو أولى . ويطوف كيف أمكنه ، وإذا وجد فرجة رمل فيها وإن تباعد من البيت في الطواف أجزأه ما لم يخرج من المسجد ، سواء حال بينه وبين البيت حائل من قبة أو غيره أو لم يحل . لأن الحائل في المسجد لا يضرب ، كما لو صلى في المسجد مؤتماً بالإمام من وراء حائل ، وقد روت أم سلمة قالت : « شكوت

إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنى أشتكى فقال : طوف من وراء الناس وأنت راكبة . قالت : فطفت ورسول الله صلى الله عليه وسلم حينئذ يصلى إلى جنب البيت ، متفق عليه .

• مسألة ، قال (ولا يرمل في جميع طوافه إلا هذا)

وجملة ذلك ، أن الرمل لا يسن في غير الأشواط الثلاثة الأول من طواف القدوم أو طواف العمرة ، فإن ترك الرمل فيها لم يقضه في الأربعة الباقية ، لأنها هيئة فات مريضها فسقطت كالجهر في الركعتين الأولتين . ولأن المشى هيئة في الأربعة كما أن الرمل هيئة في الثلاثة فإذا رمل في الأربعة الأخيرة كان تاركاً للهيئة في جميع طوافه كترك الجهر في الركعتين الأولتين من العشاء إذا جهر في الآخرتين ولا يسن الرمل والاضطباع في طواف أسوى ما ذكرنا ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إنما رملوا واضطبعوا في ذلك ، وذكر القاضي ، أن من ترك الرمل والاضطباع في طواف القدوم أتى بهما في طواف الزيارة . لأنهما سنة أمكن قضاؤها ، فنقض كسب الصلاة ، وهذا لا يصح لما ذكرنا فيمن تركه في الثلاثة الأول لا يقضيه في الأربعة ، وكذلك من ترك الجهر في صلاة الجهر لا يقضيه في صلاة الظهر ، ولا يقضى القياس أن تقضى هيئة عبادة في عبادة أخرى .

قال القاضي : ولو طاف فرمل واضطبع ولم يسع بين الصفا والمروة ، فإذا طاف بعد ذلك للزيارة رمل في طوافه ، لأنه يرمل في السعى بعده وهو تبع للطواف . فلو قلنا : لا يرمل في الطواف أفضى إلى أن يكون التبع أكل من المتبوع ، وهذا قول مجاهد والشافعي ، وهذا لا يثبت بمثل هذا الرأي الضعيف فإن المتبوع لا يتغير هيئته تبعاً لتبعه ، ولو كانا متبوعين لكان ترك الرمل في السعى تبعاً لعدمه في الطواف أولى من الرمل في الطواف تبعاً للسعى .

(فصل) فإن ترك الرمل في شوط من الثلاثة الأول أتى به في الاثنين الباقيين ، وإن تركه في اثنين أتى به في الثالث ، كذلك قال الشافعي ، وأبو ثور وأصحاب الرأي : وإن تركه في الثلاثة سقط ، لأن تركه للهيئة في بعض محلها لا يسقطها في بقية محلها كترك الجهر في إحدى الركعتين الأولتين لا يسقطه في الثانية .

• مسألة ، قال (وليس على أهل مكة رمل) .

وهذا قول ابن عباس وابن عمر رحمة الله عليهما . وكان ابن عمر إذا أحرم من مكة لم يرمل . وهذا لأن الرمل إنما يشرع في الأصل لإظهار الجسّد والقوة لأهل البلد . وهذا المعنى معدوم في أهل البلد والحكم فيمن أحرم من مكة حكم أهل مكة ، لما ذكرنا عن ابن عمر . ولأنه أحرم من مكة . أشبه أهل البلد ، والمتمتع إذا أحرم بالحج من مكة مع عاد وقلنا يشرع في حقه طواف القدوم لم يرمل فيه . قال أحمد : ليس على أهل مكة رمل عند البيت ولا بين الصفا والمروة .

• مسألة ، قال (ومن نسي الرمل فلا إعادة عليه) .

إنما كان كذلك لأن الرمل هيئة ، فلا يجب بتركه إعادة ، ولا شيء ، كهيئة الصلاة ، وكالاتضطباع في الطواف ، ولو تركه عمداً لم يلزمه شيء أيضاً . وهذا قول عادة الفقهاء إلا ما حكى عن الحسن والثوري وعبد الملك المساجشون : أن نسيه دماً لأنه نسك . وقد جاء في حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم : من ترك نسكاً فعليه دم .

ولنا : أنه هيئة غير واجبة فلم يجب بتركها شيء كالاتضطباع . والخبر إنما يصح عن ابن عباس . وقد قال ابن عباس من ترك الرمل . فلا شيء عليه . ثم هو مخصوص بما ذكرنا . ولأن طواف القدوم لا يجب بتركه شيء فترك صفة فيه أولى أن لا يجب بها . لأن ذلك لا يزيد على تركه .

• مسألة ، قال (ويكون طاهراً في ثياب طاهرة) .

يعني في الطواف . وذلك لأن الطهارة من الحدث والنجاسة والستارة شرائط لصحة الطواف في المشهور عن أحمد . وهو قول مالك والشافعي . وعن أحمد : أن الطهارة ليست شرطاً فتي طاف للزيارة غير متطهر أعاد ما كان بمكة . فإن خرج إلى بلده جبره بدم . وكذلك يخرج في الطهارة من النجس والستارة . وعنه فيمن طاف للزيارة وهو ناس للطهارة لا شيء عليه ، وقال أبو حنيفة : ليس شيء من ذلك

شرطاً . واختلاف أصحابه فقال بعضهم : هو واجب . وقال بعضهم : هو سنة .
لأن الطواف ركن للحج . فلم يشترط له الطهارة كالوقوف .

ولنا ما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال . « الطواف بالبيت صلاة إلا أنكم تتكلمون فيه » رواه الترمذى والأثرم . وعن أبي هريرة « أن أبا بكر الصديق بعث في الحجة التي أمره عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل حجة الوداع يوم النحر يؤذن : لا يمحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان » ولأنها عبادة متعلقة بالبيت فكانت الطهارة والستارة فيها شرطاً كالصلاة . وعكس ذلك الوقوف .

(فصل) ولا بأس بقراءة القرآن في الطواف . وبذلك قال عطاء ومجاهد والثوري وابن المبارك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي . وعن أحمد : أنه يكره . وروى ذلك عن عروة والحسن ومالك .

ولنا : أن عائشة روت « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول في طوافه (٢ : ٢٠٠) ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار » وكان عمر وعبد الرحمن بن عوف يقولان ذلك في الطواف ، وهو قرآن . ولأن الطواف صلاة . ولا تكرر القراءة في الصلاة ، قال ابن المبارك : ليس شيء أفضل من قراءة القرآن ويستحب الدعاء في الطواف والإكثار من ذكر الله تعالى . لأن ذلك مستحب في جميع الأحوال . ففي حال تلبسه هذه العبادة أولى ، ويستحب أن بدع الحديث إلا ذكر الله تعالى ، أو قراءة القرآن أو أمراً بمعروف أو نهياً عن منكر ، أو ما لا بد منه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الطواف بالبيت صلاة ، فمن تكلم فلا يتكلم إلا بخير » ، ولا بأس بالشرب في الطواف . لأن النبي صلى الله عليه وسلم « شرب في الطواف » رواه ابن المنذر وقال : لا أعلم أحداً منع منه .

(فصل) إذا شك في الطهارة وهو في الطواف لم يصح طوافه ذلك . لأنه شك في شرط العبادة قبل الفراغ منها . فأشبه ما لو شك في الطهارة في الصلاة وهو فيها . وإن شك بعد الفراغ منه لم يلزمه شيء . لأن الشك في شرط العبادة بعد فراغها لا يؤثر فيها . وإن شك في عدد الطواف بني على اليقين . قال ابن المنذر : أجمع كل

من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك . ولأنها عبادة فتي شك فيها وهو فيها بنى على اليقين كالصلاة . وإن أخبره ثقة من عدد طوافه رجع إليه إذا كان عدلاً . وإن شك في ذلك بعد فراغه من الطواف لم يلتفت إليه ، كما لو شك في عدد الركعات بعد فراغ الصلاة . قال أحد : إذا كان رجلاً يطوفان فاختلفا في الطواف بنيا على اليقين . وهذا محمول على أحدهما شكاً . فأما إن كان أحدهما يقين حال نفسه لم يلتفت إلى قول غيره .

(فصل) وإذا فرغ المتمتع ثم علم أنه كان على غير طهارة في أحد الطوافين لا بعينه بنى الأمر على الأشد . وهو أنه كان محدثاً في طواف العمرة . فلم يصح . ولم يخل منها . فيلزمه دم للحلق . ويكون قد أدخل الحج على العمرة ، فيصير قارناً ، ويحرمه الطواف للحج عن النسكين ، ولو قدرناه من الحج لزمه إعادة الطواف ويلزمه إعادة السعي على التقديرين ، لأنه وجد بعد طواف غير معتد به ، وإن كان وطئه بعد حله من العمرة حكماً بأنه أدخل حجاً على عمرة قاسده ، ولا تصح وبلغوا ما فعله من أفعال الحج ، ويتحلل بالطواف الذي قصده للحج من عمرته العائدة ، وعليه دم للحلق ودم للوطء في عمرته ، ولا يحصل له حج ولا عمرة ، ولو قدرناه من الحج لم يلزمه أكثر من إعادة الطواف والسعي ، ويحصل له الحج والعمرة .

• مسألة ، قال (ولا يستلم ، ولا يقبل من الأركان إلا الأسود والبياني) .

الركن البياني : قبلة أهل اليمن ، وبلى الركن الذي فيه الحجر الأسود ، وهو آخر ما يمر عليه من الأركان في طوافه ، وذلك أنه يبدأ بالركن الذي فيه الحجر الأسود ، وهو قبلة أهل خراسان ، فيستلمه ويقبله ، ثم يأخذ على يمين نفسه ويجعل البيت على يساره ، فإذا انتهى إلى الركن الثاني وهو العراقي لم يستلمه ، فإذا مر بالثالث وهو الشامي لم يستلمه أيضاً ، وهذان الركنان يليان الحجر . فإذا وصل إلى الرابع وهو الركن البياني استلمه ، قال الحرقي : ويقبله . والصحيح عن أحمد : أنه لا يقبله . وهو قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن أبي حنيفة : أنه لا يستلمه ، قال ابن عبد البر : جاز عند أهل العلم أن يستلم الركن البياني ، والركن الأسود لا يختلفون في شيء من ذلك ، وإنما الذي فرقوا به بينهما التقييل فأرأوا تقييل الأسود ، ولم يروا

تقبيل اليماني ، وأما استلامهما فأمر بجمع عليه . وقد روى مجاهد عن ابن عباس قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا استلم الركن قبله ووضع خده الأيمن عليه ، قال : وهذا لا يصح ، وإنما يعرف التقبيل في الحجر الأسود وحده . وقد روى ابن عمر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يستلم إلا الحجر والركن اليماني . وقال ابن عمر : ما تركت استلام هذين الركنين اليماني والحجر منذ رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلمهما في شدة ولا رخاء ، رواهما مسلم . ولأن الركن اليماني مبنى على قواعد إبراهيم عليه السلام . فمن استلامه كالذي فيه الحجر : وأما تقبيله فلم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم فلا يسن . وأما الركنان اللذان يليان الحجر فلا يسن استلامهما في قول أكثر أهل العلم . وروى عن معاوية وجابر وابن الزبير والحسن والحسين وأنس وعروة استلامهما ، وقال معاوية . ليس شيء من البيت مهجوراً .

ولنا : قول ابن عمر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يستلم إلا الحجر والركن اليماني وقال : ما أراه - يعني النبي صلى الله عليه وسلم - لم يستلم الركنين اللذين يليان الحجر إلا أن البيت لم يتم على قواعد إبراهيم ، ولا طاف الناس من وراء الحجر إلا لذلك . وروى عن ابن عباس : أن معاوية طاف فجعل يستلم الأركان كلها ، فقال له ابن عباس : لم تستلم هذين الركنين : ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يستلمهما ؟ فقال معاوية : ليس شيء من البيت مهجوراً . فقال ابن عباس (٢٣ : ٢٣) لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة (فقال معاوية : صدقت ، ولأنهما لم يتما على قواعد إبراهيم فلم يسن استلامهما كالحائط الذي يلي الحجر .

(فصل) ويستلم الركنين الأسود واليماني في كل طوافه . لأن ابن عمر قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدع أن يستلم الركن اليماني والحجر في كل طوافه ، قال نافع : « وكان ابن عمر يفعلها ، رواه أبو داود . وإن لم يتمكن من تقبيل الحجر استلمه وقبل يده . ومن رأى تقبيل اليد عند استلامه : ابن عمر وجابر وأبو هريرة وأبو سعيد وابن عباس وسعيد بن جبير وعطاء وعروة وأبوب والثوري والثاقفي وإسحاق . وقال مالك : يضع يده على فيه من غير تقبيل ، وروى أيضاً عن القاسم بن محمد .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم استلمه وقبل يده . أخرجه مسلم . وفعله أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وتبعهم أهل العلم على ذلك . فلا يعتد بمن خالفهم ، وإن كان في يده شيء يمكن أن يستلم الحجر به استلمه وقبله . لما روى عن ابن عباس قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف بالبيت ويستلم الركن بمحجن معه ويقبل المحجن ، رواه مسلم ، فإن لم يمكنه استلامه أشار إليه وكبر . لما روى البخاري بإسناده عن ابن عباس قال . طاف النبي صلى الله عليه وسلم على بعير كلما أتى الركن أشار إليه وكبر .

(فصل) ويكبر كلما أتى الحجر أو حاذاه لما روينا به ويقول بين الركبتين (ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقتنا عذاب النار) لما روى الإمام أحمد في المناسك عن عبد الله بن السائب أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول : بين ركن بنى جحج والركن الأسود (ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقتنا عذاب النار) .

وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : وكل به - يعني الركن اليماني - سبعون ألف ملك . فن قال : اللهم إني أسألك العفو والعافية في الدنيا والآخرة (ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقتنا عذاب النار) قالوا : آمين ، وعن ابن عباس : أنه كان إذا جاء الركن اليماني قال : اللهم قنعتني بما رزقتني ، واخطب لي على كل غائبة بخير ،

ويستحب أن يقول : اللهم اجعله حجاً مبروراً . وسعيًا مشكوراً ، وذنباً مغفوراً رب اغفر وارحم واعف عما تعلم ، وأنت الأعز الأكرم ، وكان عبد الرحمن بن عوف يقول : رب فني شح نفسي ، وعن عروة قال : كان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يقولون : لا إله إلا أنتا . وأنت نحى بعدما أمتا .

ومهما أتى به من الدعاء والذكر لحسن ، قالت عائشة : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنما جعل الطواف بالبيت وبين الصفا والمروة ورمي الجمار لإقامة ذكر الله ، رواه الأثرم وابن المنذر .

« مسألة ، قال (ويكون الحجر (١) داخلًا في طوافه . لأن الحجر من البيت)

إنما كان كذلك لأن الله تعالى أمر بالطواف بالبيت جميعه بقوله (٢٢ : ٢٩ وليطوفوا بالبيت العتيق) والحجر منه فمن لم يطف به لم يمتد بطوافه . وبهذا قال عطاء ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر . وقال أصحاب الرأي : إن كان بمكة قضى ما بقي . وإن رجع إلى الكوفة فعليه دم ونحوه قال الحسن

ولنا : أنه من البيت بدليل ما روت عائشة قالت « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحجر : فقال : هو من البيت » وعن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن قومك استقصوا من بنيان البيت ولولا حادثة عهدهم بالشرك أعدت ما تركوا منها ، فإن بدا لقومك من بعدى أن يبنوا فبلى لأريك ما تركوا منها : فأراها قريباً من سبعة أذرع ، رواها مسلم ، وعن عائشة رضي الله عنها قالت « قلت يا رسول الله إنى نذرت أن أصلى في البيت . قال : صلى في الحجر . فإن الحجر من البيت » وفي لفظ قالت « كنت أحب أن أدخل البيت فأصلى فيه . فأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي فأدخلني الحجر . وقال : صلى في الحجر إن أردت دخول البيت . فإنما هو قطعة من البيت » وقال الترمذي : هو حديث حسن صحيح ، فمن ترك الطواف بالحجر لم يطف بجميع البيت فلم يصح ، كما ترك الطواف ببعض البناء . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم طاف من وراء الحجر . وقد قال عليه السلام « لتأخذوا عني مناسككم »

(فصل) ولو طاف على جدار الحجر وشاذروان الكعبة . وهو ما فضل من حائطها لم يجز . لأن ذلك من البيت فإذا لم يطف به فلم يطف بكل البيت ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم طاف من وراء ذلك .

(فصل) ولو نكس الطواف لجعل البيت على يمينه لم يجزئه ، وبه قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة ، يعيد ما كان بمكة ، فإن رجع جبره بدم ، لأنه ترك هيئة فلم تمنع الإجزاء كما لو ترك الرمل والاضطباع .

(١) الحجر بالكسر . هو ما أحيط بالبناء المقوس من جهة شمال الكعبة بين الركنين العراقي والشمالي ، ويسمى العظيم .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل البيت في الطواف ، على يساره ، وقال عليه السلام : لتأخذوا عني مناسككم ، ولأنها عبادة متعلقة بالبيت ، فمكان الترتيب - فيها واجباً كالصلاة . وما فاسروا عليه مخالف لما ذكرنا كما اختلف حكم هيئة الصلاة وترتيبها .

« مسألة » قال (ويصلي ركعتين خاف المقام) .

وجلة ذلك : أنه يسن للطائف أن يصلي بعد فراغه ركعتين : ويستحب أن يركعهما خلف المقام لقوله تعالى (٢ : ١٢٥) وتأخذوا من مقام إبراهيم مصلي) ويستحب أن يقرأ فيهما (قل يا أيها الكافرون) في الأولى و (قل هو الله أحد) في الثانية فإن جابراً روى في صفة حجة النبي صلى الله عليه وسلم قال : « حتى أتينا البيت معه استلم الركن - فـ ١٠٠ ثلاثاً ومضى أربعاً . ثم نفذ إلى مقام إبراهيم فقرأ (وتأخذوا من مقام إبراهيم مصلي) فجعل المقام بينه وبين البيت » قال محمد بن علي : ولا أعلمه إلا ذكره عن النبي صلى الله عليه وسلم « كان يقرأ في الركعتين (قل هو الله أحد - وقل يا أيها الكافرون) وحيث ركعهما ومهما قرأ فيهما جاز ، فإن عمر ركعهما بذي طوى ، وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا م سله إذا أقيمت صلاة الصبح فلبى في علي بعيرك والناس يصلون - ففعلت ذلك فلم فصل حتى خرجت ، ولا بأس أن يصليهما إلى غير سترة وجر بين يديه الطائفون من الرجال والنساء . فإن النبي صلى الله عليه وسلم صلاهما والطواف بين يديه ليس بينهما شيء ، وكان ابن الزبير يصلي والطواف بين يديه فتمر المرأة بين يديه فينظرها حتى ترفع رجلها ثم يسجد . وكذلك سائر الصلوات في مسكة لا يعتبر لها سترة . وقد ذكرنا ذلك .

(فصل) وركعتا الطواف سنة مؤكدة غير واجبة ، وبه قال مالك . وللشافعي قولان . أحدهما : أنهما واجبتان . لأنهما تابعتان للطواف فمكانا واجبتين كالسعي . ولما : قوله عليه السلام ، وخمس صلوات كتبهن الله على العبد من حافظ عليهن كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة ، وهذه ليست منها ولما سأل الأعرابي النبي صلى الله عليه وسلم عن الفرائض ذكر الصلوات الخمس قال ، فهل على غيرهما قال : لا إلا أن تطوع ، ولأنها صلاة لم تشرع لها جماعة . فلم تكن واجبة كسائر النوافل ، والسعي

ماوجب لكونه تابعاً ولا هو مشروع مع كل طواف ، ولو طاف الحاج طوافاً كثيراً لم يجب عليه إلا سعي واحد ، فإذا أتى به مع طواف القدوم لم يأت به بعد ذلك بخلاف الركعتين فإنهما يشرعان عقيب كل طواف .

(فصل) وإذا صلى المكتوبة بعد طوافه أجزأته عن ركعتي الطواف ، روى نحو ذلك عن ابن عباس وعطاء وجابر بن زيد والحسن وسعيد بن جبير وإسحق ، وعن أحمد : أنه يصلي ركعتي الطواف بعد المكتوبة ، قال أبو بكر عبد العزيز : هو أقيس ، وبه قال الزهري ومالك وأصحاب الرأي : لأنه سنة فلم تجز عنها المكتوبة كركعتي الفجر .

ولنا : أنهما ركعتان شرعتا للنسك . فأجزأت عنهما المكتوبة كركعتي الإحرام . (فصل) ولا بأس أن يجمع بين الأسابيع . فإذا فرغ منها ركع لكل أسبوع ركعتين ، فعل ذلك عائشة والمسود بن مخزومة . وبه قال عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وإسحق . وكرهه ابن عمر والحسن والزهري ومالك وأبو حنيفة . لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله . ولأن تأخير الركعتين عن طوافهما يدخل بالموالاة بينهما . ولنا : أن الطواف يجري مجرى الصلاة يجوز جمعها ويؤخر ما بينها فيصلها بعدها كذلك ههنا ، وكون النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله لا يوجب كراهة فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يطف أسبوعين ولا ثلاثة . وذلك غير مكروه بالاتفاق ، والموالاة غير معتبرة بين الطواف والركعتين . بدليل أن عمر صلاهما بذى طوى وأخرت أم سلمة ركعتي طوافها حين طافت راكبة بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأخر عمر بن عبد العزيز ركوع الطواف حتى طلعت الشمس ، وإن ركع لكل أسبوع عقبيه كان أولى . وفيه اقتسداء بالنبي صلى الله عليه وسلم وخروج من الخلاف .

(فصل) وإذا فرغ من الركوع وأراد الخروج إلى الصفا استحب أن يعود فيستلم الحجر ، نص عليه أحد ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك . ذكره جابر في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم . وكان ابن عمر يفعله ، وبه قال النخعي ومالك والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه خلافاً .

« مسألة ، قال (ويخرج إلى الصفا من بابه فيقف عليه ، فيكبر الله عز وجل ويهلل ويحمده ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم) .

وجلة ذلك : أنه إذا فرغ من طوافه وصلى ركعتين واستلم الحجر ، فيستحب أن يخرج إلى الصفا من بابه فيأتى الصفا فيرقى عليه حتى يرى الكعبة ثم يستقبلها فيكبر الله عز وجل ويهلل ويدعو بدعاء النبي صلى الله عليه وسلم وما أحب من خير الدنيا والآخرة ، قال جابر في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم بعد ركعتي الطواف « ثم رجع إلى الركن فاستلمه ؛ ثم خرج من الباب إلى الصفا . فلما دنا من الصفا قرأ (إن الصفا والمروة من شعائر الله) نبذاً بعباءة الله به . فبدأ بالصفا فرقى عليه ، حتى رأى البيت ، فاستقبل القبلة فوجد الله وكبر وقال ، لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، لا إله إلا الله وحده ، أنجز وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده ، ثم دعا بين ذلك وقال مثل هذا ثلاث مرات ، قال أحمد : ويدعو بدعاء ابن عمر . ورواه عن إسماعيل حدثنا أيوب عن نافع عن ابن عمر ، أنه كان يخرج إلى الصفا من الباب الأعظم فيقوم عليه فيكبر سبع مرار ثلاثاً ثلاثاً يكبر ، ثم يقول : لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير . لا إله إلا الله لا نعبد إلا إياه مخلصين له الدين ولو كره الكافرون . ثم يدعو فيقول : اللهم اعصمني بدینک وطواعیتک وطواعیة رسولک ، اللهم جنبني حدودک ، اللهم اجعلني ممن یحبک ومحبتک ملائکتک وأنبیاءک ورسلك وعبادک الصالحین ، اللهم جنبني لایک وإلى ملائکتک وإلى رسلك وإلى عبادک الصالحین ، اللهم یسرنی للیسری ، وجنبنی العسری ، واغفر لی فی الآخرة والأولی ، واجعلنی من أئمة المتقین ، واجعلنی من ورثة جنة النعیم ، واغفر لی خطیئتی يوم الدين ، اللهم قلت قولك الحق (ادعونی استجب لکم) وإنک لا تخلف الميعاد اللهم إذ هديتني للإسلام فلا تنزعني منه ولا تنزع مني حتى توفياني على الإسلام . اللهم لا تقدمني إلى العذاب ولا تؤخرني لسوء العتن ، قال ويدعو دعاء كثيراً حتى إنه ليلتنا وليلنا وكان إذا أتى على المسعى سعى وكبر ، وكل مادعا به فهو جائز .

(فصل) فإن لم يرق على الصفا فلا شيء عليه ، قال القاضي : لكن يجب عليه أن يستوعب ما بين الصفا والمروة فيلصق عقبه بأسفل الصفا ثم يسعى إلى المروة ، فإن لم يصعد عليها ألصقت أصابع رجله بأسفل المروة ، والصعود عليها هو الأولى ، اقتداء بفعل النبي صلى الله عليه وسلم ، فإن ترك مما بينهما شيئاً ولو ذراعاً لم يجزئه حتى يأتي به ، والمرأه لايسن لها أن ترقى لثلاث زاحم الرجال ، وترك ذلك أستر لها . ولا ترمـل في طواف ولاسعى ، والحكم في وجوب استيعابها ما بينهما ، بالمشى كحكم الرجل .

« مسألة ، قال (ثم ينحدر من الصفا فيمشى حتى يأتي العلم الذي في بطن الوادي ، فيرمل من العلم إلى العلم ، ثم يمشى حتى يأتي المروة فيقف عليها ، ويقول كما قال على الصفا ، وما دعا به أجزأه ، ثم ينزل ماشياً إلى العلم ، ثم يرمل حتى يأتي العلم ، يفعل ذلك سبع مرات ، يحتسب بالذهاب سبعة ، وبالرجوع سبعة . يفتتح بالصفا ويختتم بالمروة) .

هذا وصف السعي . وهو أن ينزل من الصفا فيمشى حتى يأتي العلم . ومعناه يحاذي العلم . وهو الميل الأخضر المعلق في ركن المسجد . فإذا كان منه نحواً من ستة أذرع سعى سعياً شديداً حتى يحاذي العلم الآخر ، وهو الميلان الأخضران اللذان بفناء المسجد وحذاء دار العباس ، ثم يترك السعي ويمشى حتى يأتي المروة فيستقبل القبلة ويدعو بمثل دعائه على الصفا ، وما دعا به لجأز . وليس في الدعاء شيء مؤقت ، ثم ينزل فيمشى في موضع مشيه ، ويسعى في موضع سعيه ، ويسكتر من الدعاء والذكر فيما بين ذلك ، قال أبو عبد الله : كان ابن مسعود إذا سعى بين الصفا والمروة قال « رب اغفر وارحم ، واعف عما تعلم ، وأنت الأعز الأكرم » وقال النبي صلى الله عليه وسلم « إنما جعل رمي الجمار والمعنى بين الصفا والمروة لإقامة ذكر الله تعالى » قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . حتى يكمل سبعة أشواط يحتسب بالذهاب سبعة وبالرجوع سبعة . وحكى عن ابن جرير وبعض أصحاب الشافعي أنهم قالوا : ذهابه ورجوعه سبعة . وهذا غلط لأن جابراً قال في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم « ثم نزل إلى المروة حتى إذا نصبت قدماء

رمل في بطن الوادي ، حتى إذا صعدنا مشى حتى أتى المروة ففعل على المروة كما فعل على الصفا . فلما كان آخر طوافه على المروة قال : لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لم أسق الهدى وجمالها عمرة ، وهذا يقتضى أنه آخر طوافه . ولو كان على ما ذكره كان آخر طوافه عند الصفا في الموضع الذي بدأ منه ، ولأنه في كل مرة طائف بهما فينبغى أن يحسب بذلك مرة ، كما أنه إذا طاف بجميع البيت احتسب به مرة .

• مسألة ، قال (ويفتح بالصفا ويغتم بالمروة)

وجملة ذلك : أن الترتيب شرط في السعى . وهو أن يبدأ بالصفا . فإن بدأ بالمروة لم يعتد بذلك الشوط . فإذا صار إلى الصفا اعتد بما يأتي به بعد ذلك . لأن النبي صلى الله عليه وسلم بدأ بالصفا وقال « تبدأ بما بدأ الله به » وهذا قول الحسن ومالك والشافعي والأوزاعي وأصحاب الرأي . وعن ابن عباس قال « قال الله تعالى (إن الصفا والمروة من شعائر الله) فبدأ بالصفا وقال اتبعوا القرآن فما بدأ الله به فابدؤا به »

• مسألة ، قال (ومن نسي الرمل في بعض سعيه فلا شيء عليه)

وجملة ذلك : أن الرمل في بطن الوادي سنة مستحبة . لأن النبي صلى الله عليه وسلم سعى وسعى أصحابه . فروت صفيه بنت شيبه عن أم ولد شيبه . قالت : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسعى بين الصفا والمروة ويقول : لا يقطع إلا بطح إلا شداً ، وليس ذلك بواجب . ولا شيء على تاركه . فإن ابن عمر قال « إن أسع بين الصفا والمروة فقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسعى ، وإن أمش فقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمشى وأنا شيخ كبير ، رواهما ابن ماجه . يروى هذا أبو داود ، ولأن ترك الرمل في الطواف بالبيت لا شيء فيه ، فبين الصفا والمروة أولى .

(فصل) واختلفت الرواية في السعى ، فروى عن أحمد . أنه ركن لا يتم الحج إلا به ، وهو قول عائشة وعروة ومالك والشافعي . لما روى عن عائشة قالت « طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم وطاف المسلمون يعني بين الصفا والمروة .

فكانت سنة، ولعمري ما أتم الله حج من لم يطف بين الصفا والمروة، رواه مسلم .
وعن حبة بنت أبي شجاء إحدى نساء بني عبد الدار قالت « دخلت مع نسوة
من قريش دار آل أبي حسين فنظرت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يسعى
بين الصفا والمروة . إن مئزره ليدبر في وسطه من شدة سعيه حتى لئن لآقول لئن
لأرى ركبتيه . وسمعتة يقول : اسعوا فإن الله كتب عليكم السعي » رواه ابن ماجه .
ولأنه نكس في الحج والعمرة فكان ركنا فيهما كالطواف بالبيت . وروى عن أحمد :
أنه سنة لا يجب بتركه دم روى ذلك عن ابن عباس وأنس وابن الزبير وابن سيرين
لقول الله تعالى (٢ : ١٥٨) فلا جناح عليه أن يطوف بهما) ونفي الحرج عن فاعله
دليل على عدم وجوبه . فإن هذا رتبة المباح ، وإنما تثبت سفيته بقوله (من شعائر الله)
وروى أن في مصحف أبي وابن مسعود (فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما) وهذا
إن لم يكن قرآنا فلا ينحط عن رتبة الخبر (١) لأنهما يروياه عن النبي صلى الله
عليه وسلم . ولأنه نكس ذو عدد لا يتعلق بالبيت فلم يكن ركنا كالرمي . وقال
القاضي : هو واجب . وليس بركن إذا تركه وجب عليه دم وهو مذهب الحسن
وأبي حنيفة والثوري . وهو أولى . لأن دليل من أوجبته دل على مطلق الوجوب
لا على كونه لا يتم الحج إلا به . وقول عائشة في ذلك معارض بقول من خالفها من
الصحابه . وحديث بنت أبي شجاء قال ابن المنذر ، يرويه عبد الله بن المؤمل .
وقد تكلموا في حديثه . ثم هو يدل على أنه مكتوب وهو الواجب . وأما الآية
فإنها نزلت لما تخرج ناس من السعي في الإسلام لما كانوا يطوفون بينهما في الجاهلية
لأجل صنمين كانا على الصفا والمروة كذلك قالت عائشة .

(فصل) والسعي تبع للطواف . لا يصح إلا أن يتقدمه طواف ، فإن سعى
قبله لم يصح ، وبذلك قال مالك والشافع وأصحاب الرأي ، وقال عطاء : يجوز
وعن أحمد يجوز إن كان ناسيا . وإن عمد لم يجزئه سعيه . لأن النبي صلى الله عليه وسلم
« لما سئل عن التقديم والتأخير في حال الجهل والنسيان قال : لا حرج » .
وروجه الأول : أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما سعى بعد طوافه وقد قال

« لتأخذوا عني مناسككم ، فعلى هذا : إن سعى بعد طوافه ثم علم أنه طاف بغير طهارة لم يعتد بسميه ذلك . ومتى سعى المفرد والقارن بعد طواف القدوم لم يلزمهما بعد ذلك سعى وإن لم يسعيا معه سعيا مع طواف الزيارة . ولا تجب الموالاة بين الطواف والسعى ، قال أحمد : لا بأس أن يؤخر السعى حتى يستريح أو إلى العشي . وكان عطاء والحسن لا يريان ، بأساً لمن طاف بالبيت أول النهار أن يؤخر الصفا والمروة إلى العشي ، وفعله القاسم وسعيد بن جبير . لأن الموالاة إذا لم تجب في نفس السعى ففيها بينه وبين الطواف أولى .

« مسألة ، قال (فإذا فرغ من السعى فإن كان متمتماً قصر من شعره ثم قد حل)

التمتع الذي أحرم بالعمرة من الميقات . فإذا فرغ من أفعالها : وهي الطواف والسعى قصر أو حلق وقد حل من عمرته ، إن لم يكن معه هدى ، لما روى ابن عمر قال : تمتع الناس مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرة إلى الحج . فلما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة قال للناس : من كان معه هدى فإنه لا يحل من شيء حرم منه حتى يقضى حجه . ومن لم يكن معه هدى فيأطى بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليحل ، متفق عليه . ولا نعلم فيه خلافاً . ولا يستحب تأخير التحلل . قال أبو داود : سمعت أحمد سئل عن دخل مكة بعمراً فلم يقصر حتى كان يوم التروية عليه شيء ؟ قال : هذا لم يحل بعد ، يقصر ثم يهل بالحج وليس عليه شيء . وبئس ما صنع .

(فصل) فأما من معه هدى فليس له أن يتحلل لكن يقيم على إحرامه ويدخل الحج على العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعاً نص عليه أحمد ، وهو قول أبي حنيفة . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يحل له التقصير من شعر رأسه خاصة ولا يمس من أظفاره وشأبه شيئاً ، وروى ذلك عن ابن عمر ، وهو قول عطاء ، لما روى عن معاوية قال : قصرت من رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم بمشقص عند المروة ، متفق عليه ، وقال مالك والشافعي في قول : له التحلل ونحو هديه . ويستحب نحره عند المروة . وكلام الحرقي يحتمله لإطلاقه .

ولنا : ما ذكرنا من حديث ابن عمر ، وروث عائشة قالت : « خرجنا مع

رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع فأهلكت بعمره ، ولم أكن سقت الهدى فقال النبي صلى الله عليه وسلم : من كان معه هدى فليل بالحلج مع عمرته ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعاً ، وعن حفصة أنها قالت « يا رسول الله ما شأن الناس حلوا من العمرة ولم تحل أنت من عمرتك ؟ قال إني لبدت رأسي وقلدت هدي . فلا أحل حتى أنحر ، متفق عليه . والأحاديث كثيرة . وعن أحمد رواية ثالثة فيمن قدم متمتعاً في أشهر الحج وساق الهدى قال : إن دخلها في العشر لم ينحر الهدى حتى ينحره يوم النحر . وإن قدم قبل العشر نحر الهدى . وهذا يدل على أن المتمتع إذا قدم قبل العشر حل ، وإن كان معه هدى وإن قدم في العشر لم يحل . وهذا قول عطاء رواه حنبل في المناسك . وقال فيمن لبّد أو ضفر : هو بمنزلة من ساق الهدى . الحديث حفصة . والرواية الأولى أولى لما فيها من الحديث الصحيح الصحيح . وهو أولى بالاتباع .

(فصل) فأما المتمتع غير المتمتع فإنه يحل ، سواء كان معه هدى أو لم يكن ، وسواء كان في أشهر الحج أو غيرها . لأن النبي صلى الله عليه وسلم اعتمر ثلاث عمر سوى العمرة التي مع حجته بضمين في ذي القعدة وقيل : كاهن في ذي القعدة فكان يحل . فإن كان معه هدى نحره عند المروة ، وحيث نحره من الحرم جاز لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كل لحاج مكة طريق ومنحر » رواه أبو داود وابن ماجه .

(فصل) وقول الخرق « قصر من شعره ثم قد حل ، يدل على أن المستحب في حق المتمتع عند حله من عمرته التقصير ، ليسكون الخلق للحج . قال أحمد في رواية أبي داود : ويعجبنى إذا دخل متمتعاً أن يقصر ، ليسكون الخلق للحج . ولم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه إلا بالتقصير . فقال في حديث جابر « حلوا من إحرامكم بطواف بين الصفا والمروة وقصروا ، وفي صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم . « حل الناس كلهم وقصروا ، وفي حديث ابن عمر أنه قال « من لم يكن معه هدى فليطف بالبيت وبين الصفا والمروة وليقصر وليحل » متفق عليه . وإن حل جاز . لأنه أحد النسكين . فجاز فيه كل واحد منهما . ويدل أيضاً على أنه لا يحل إلا بعد التقصير ، وهذا يفتي على أن التقصير نسك . وهو المشهور ،

فلا يحل إلا به ، وفيه رواية أخرى : أنه إطلاق من محذور . فيحل بالطواف والسعي حسب ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى فإن ترك التقصير أو الحلق وقتلنا هو نسك فعليته دم . وإن وطئ قبل التقصير فعليته دم وعمرته صحيحة . وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي ، وحكى عن الشافعي أن عمرته تفسد . لأنه وطئ قبل حله من عمرته . وعن عطاء قال : يستغفر الله تعالى .

ولنا : ما روى عن ابن عباس ، أنه سئل عن امرأة معتمرة وقع بها زوجها قبل أن تقصر ، قال : من ترك من مناسكه شيئاً أو نسيه فليهرق دماً . قيل : لأنها موسرة قال : فلتنحر ناقه ، ولأن التقصير ليس بركن فلا يفسد النسك بتركه ولا بالوطء قبله كالرمي في الحج . قال أحمد فيمن وقع على امرأته قبل تقصيرها من عمرتها : تذبح شاة . قيل : عليه أو عليها ؟ قال : عليها هي . وهذا محمول على أنها طأوعته . فإن أكرمها فالدم عليه وإن أكرم الحج قبل التقصير فقد أدخل الحج على العمرة فيصير قارناً .

(فصل) يلزم التقصير أو الحلق من جميع شعره وكذلك المرأة . نص عليه . وبه قال مالك . وعن أحمد يجزئه البعض مبنيّاً على المسح في الطمارة . وكذلك قال ابن حامد وقال الشافعي : يجزئه التقصير من ثلاث شعرات ، واختار ابن المنذر أنه يجزئه ما يقع عليه اسم التقصير لتناول اللفظ له .

ولنا : قول الله تعالى (٤٨ : ٢٧) علقين رؤوسكم وهذا عام في جميعه ولأن النبي صلى الله عليه وسلم حلق جميع رأسه تفسيراً لمطلق الأمر به فيجب الرجوع إليه . ولأنه نسك تعلق بالرأس فوجب استيعابه به كالمسح . فإن كان الشعر مضفوراً قصر من رؤوس ضفائره كذلك . قال مالك : تقصر المرأة من جميع قرونها . ولا يجب التقصير من كل نحره ، لأن ذلك لا يعلم إلا بحلقه .

(فصل) وأى قدر قصر منه أجزاءه . لأن الأمر به مطلق فيتناول الأقل . وقال أحمد . يقصر قدر الأتمة . وهو قول ابن عمر والشافعي وإسحاق وأبي ثور . وهذا محمول على الاستحباب . لقول ابن عمر : وبأى شيء قصر الشعر أجزاءه ، (٢٣٢ - ج ٣ - المغني)

وكذلك لو نتفه أو أزاله بنورة . لأن القصد لإزالته . والامر به مطلق فيتناول ما يقع عليه الاسم ، ولكن السنة الخلق أو التقصير اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه . ويستحب البداية بالشق الأيمن . نص عليه . لما روى أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « للرجل خذ ، وأشار إلى جانبه الأيمن ، ثم الأيسر ، ثم جعل يغطيه الناس » رواه مسلم . « وكان النبي صلى الله عليه وسلم يعجبه التيامن في شأنه كله » متفق عليه قال أحمد : يبدأ بالشق الأيمن حتى يجاوز العظمتين وإن قصر من شعر رأسه ما نزل عن حد الرأس أو مما يحاذيه جاز . لأن المقصود التقصير . وقد حصل بخلاف المسح في الوضوء . فإن الواجب للمسح على الرأس وهو ما ترأس وعلا .

« مسألة » قال (وطواف النساء وسعي من مشى كله)

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أنه لا رمل على النساء حول البيت ولا بين الصفا والمروة . وليس عليهن اضطباع . وذلك لأن الأصل فيهما إظهار الجلد : ولا يقصد ذلك في حق النساء . ولأن النساء يقصد فيهن الستر وفي الرمل والاضطباع تعرض للكشف .

« مسألة » قال (ومن سعى بين الصفا والمروة على غير طهارة كرهها له ذلك وأجزأه)

أكثر أهل العلم يرون أن لا تشترط الطهارة للسعي بين الصفا والمروة ومن قال ذلك عطاء ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي . وكان الحسن يقول : إن ذكر قبل أن يحمل فليعد الطواف . وإن ذكر بعد ما حل فلا شيء عليه .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة حين حاضت « اقضي ما يقضي الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت » ولأن ذلك عبادة لا تتعلق بالبيت . فأشبهت الوقوف . قال أبو داود : سمعت أحمد يقول : إذا طافت المرأة بالبيت ثم حاضت سمعت بين الصفا والمروة ثم نفرت . وروى عن عائشة وأم سلمة أنهما قالتا : « إذا طافت المرأة بالبيت وصلت ركعتين ثم حاضت فلتطف بالصفا والمروة » رواه الأثرم . والمستحب مع ذلك لمن قدر على الطهارة أن لا يسعى إلا متطهراً : وكذلك يستحب

أن يكون طاهراً في جميع أنحاءه : ولا يشترط أيضاً الملبسة من النجاسة والستارة
بالسعي ، لأنه إذا لم تشترط الإلبسة من الحدث ، وهي آكد ، فغيرها أولى . وقد
ذكر بعض أصحابنا رواية عن أحمد : أن الطهارة في السعي كالطهارة في الطواف
ولا يعمل عليه .

« مسألة » قال (وإن أقيمت الصلاة أو حضرت جنازة وهو يطوف أو يسعى
فإذا صلى بنى)

وجملة ذلك : أنه إذا تلبس بالطواف أو بالسعي ثم أقيمت المكتوبة فإنه
يصلى مع الجماعة في قول أكثر أهل العلم . منهم ابن عمر وسالم وعطاء والشافعي
وأبو ثور وأصحاب الرأي . وروى ذلك عنهم في السعي . وقال مالك : يمضي في
طوافه . ولا يقطعه إلا أن يخاف أن يضر بوقت الصلاة . لأن الطواف صلاة
فلا يقطعه لصلاة أخرى .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا أقيمت صلاة فلا صلاة
إلا المكتوبة » ، والطواف صلاة فيدخل تحت عموم الخبر : وإذا ثبت ذلك في الطواف
بالبيت مع تأكيده في السعي بين الصفا والمروة أولى مع أنه قول ابن عمر ومن
سميئاه من أهل العلم ، ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً . وإذا صلى بنى على طوافه
وسعيه في قول من سميئاه من أهل العلم ، قال ابن المنذر : ولا نعلم أحداً خالف في
ذلك إلا الحسن ، فإنه قال : يستأنف . وقول الجمهور أولى ، لأن هذا فعل مشروع
في أثناء الطواف فلم يقطعه كالتيسير . وكذلك الحكم في الجنابة إذا حضرت يصلّي
عليها ثم يبنى على طوافه . لأنها تقوت بالتشغل عنها . قال أحمد : ويكون ابتداءه
من الحجر يعني أنه يبتدئ الشوط الذي قطعه من الحجر حين يشرع في البناء .

(فصل) فإن ترك الموالاة لغير ما ذكرنا وطال الفصل ابتداء الطواف وإن لم
يطل بنى ، ولا فرق بين ترك الموالاة عمداً أو سهواً ، مثل من يترك شوطاً من
الطواف بحسب أنه قد آتمه : وقال أصحاب الرأي فيمن طاف ثلاثة أشواط من
طواف الزيارة ثم رجع إلى بلده : عليه أن يعود فيطوف ما بقي .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم وإلى بين طوافه وقال : « خذوا عني

مناسككم ، ولأنه صفة . فيشترط له الموالاة كسائر الصلوات ، أو نقول عبادة متعلقة بالبيت . فاشتطت لها الموالاة كالصلاة . ويرجع في طول الفصل وقصره إلى العرف من غير تحديد ، وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى . إذا كان له عذر يشغله بنى ، وإن قطعه من غير عذر أو لحاجة استقبل الطواف . وقال : إذا أعيأ في الطواف لا بأس أن يستريح . وقال الحسن غشى عليه لحمل إلى أهله فلما أفأق أمه ، قال أبو عبد الله : فإن شاء أممه وإن شاء استأنف ، وذلك لأنه قطعه لعذر ، فجاز البناء عليه كما لو قطعه لصلاة .

(فصل) فأما السعى بين الصفا والمروة فظاهر كلام أحمد : أن الموالاة غير مشترطة فيه ، فإنه قال في رجل كان بين الصفا والمروة قلقه فإذا هو يعرفه يقف فيسلم عليه ويسأله ؟ قال : نعم أمر الصفا سهل إنما كان يكره الوقوف في الطواف بالبيت ، فأما بين الصفا والمروة فلا بأس ، وقال القاضي : تشتط الموالاة فيه قياساً على الطواف ، وحكاه أبو الخطاب رواية عن أحمد ، والأول أصح ، فإنه نكح لا يتعلق بالبيت فلم تشتط له الموالاة كالرمل والحلاق ، وقد روى الأثرم أن سودة بنت عبد الله بن عمر امرأة عروة بن الزبير سعت بين الصفا والمروة فتمضت طوافها في ثلاثة أيام ، وكانت ضخمه ، وكان عطاء لا يرى بأساً أن يستريح بينهما ، ولا يصح قياسه على الطواف ، لأن الطواف يتعلق بالبيت وهو صلاة ، وتشتط له الطهارة والستارة فاشتطت له الموالاة بخلاف السعى

مسألة ، قال (وإن أحدث في بعض طوافه تطهر وابتدأ الطواف إذا كان قرصاً) :

أما إذا أحدث عمداً فإنه يبتدىء الطواف . لأن الطهارة شرط له . فإذا أحدث عمداً أبطله كالصلاة وإن سبقه الحدث ففيه روايتان :

أحدهما : يبتدىء أيضاً ، وهو قول الحسن ، والك قياساً على الصلاة .

والرواية الثانية : يتوضأ ويبنى . وبها قال الشافعي وإسحق . قال حنبل عن أحمد فيمن طاف ثلاثاً أشواط أو أكثر : يتوضأ فإن شاء بنى وإن شاء استأنف . قال أبو عبد الله : يبنى إذا لم يحدث حدثاً إلا الوضوء . فإن عمل عملاً غير ذلك استقبل

الطواف . وذلك لأن الموالاة تسقط عند العذر في إحدى الروايتين . وهذا معذور
فإن له البناء . وإن اشتغل لغير الوضوء فقد ترك الموالاة لغير عذر . فلهذا الإبتداء
إذا كان الطواف فرضاً . فأما المستحب فلا يجب إعادته كالصلاة المستنونة إذا بطلت
... مسألة ، قال (ومن طاف وسمى محمولا لملة أجزأه) .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في صحة طواف الرأكب إذا كان له عذر . فإن ابن
عباس روى : أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف في حجة الوداع على بعير يستلم الركن
بمحمج ، وعن أم سلمة قالت : شكوت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أني أشتكي
فقال : طوفي من وراء الناس وأنت راكبة ، متفق عليهما . وقال جابر : طاف
النبي صلى الله عليه وسلم على راحلته بالبيت وبين الصفا والمروة ليراه الناس ،
وليشرف عليهم ليسألوه . فإن الناس غشوه ، والمحمول كالراكب فيما ذكرناه .
(فصل) فأما الطواف راكباً أو محمولا لعذر ففيه يوم كلام الخرق : أنه
لا يجوز . وهو إحدى الروايات عن أحمد . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الطواف
بالبيت صلاة . ولأنها عبادة تتعلق بالبيت فلم يجز فعلها راكباً لغير عذر كالصلاة .
والثانية : يجوزته ويجزئه بدم . وهو قول مالك . وبه قال أبو حنيفة إلا أنه قال :
يعيد ما كان بمكة . فإن رجع جبره بدم . لأنه تركه صفة واجبة في ركن الحج .
فأشبهه ما لو وقف بعرفة نهاراً ودفع قبل غروب الشمس .

والثالثة : يجوزته . ولا شيء عليه : اختارها أبو بكر ، وهي مذهب الشافعي
وابن المنذر . لأن النبي صلى الله عليه وسلم طاف راكباً ، قال ابن المنذر : لا قول
لأحد مع فعل النبي صلى الله عليه وسلم ولأن الله تعالى أمر بالطواف مطلقاً فكيفما
أتى به أجزأه . ولا يجوز تقيد المطلق بغير دليل . ولا خلاف في أن الطواف
راجل أفضل . لأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم طافوا مشياً والنبي صلى الله
عليه وسلم في غير حجة الوداع طاف مشياً . وفي قول أم سلمة : شكوت إلى النبي
صلى الله عليه وسلم أني أشتكي فقال : طوفي من وراء الناس وأنت راكبة ، دليل
على أن الطواف إنما يكون مشياً . وإنما طاف النبي صلى الله عليه وسلم راكباً لعذر .
فإن ابن عباس روى : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كثر عليه الناس يقولون :

هذا محمد هذا محمد ، حتى خرج العراقة من البيوت . وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يضرب الناس بين يديه . فلما كثروا عليه ركب ، رواه مسلم ، وكذلك في حديث جابر : فإن الناس غشوه ، وروى عن ابن عباس : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف راكباً لشكاة به ، وبهذا يعتذر من منع الطواف راكباً عن طواف النبي صلى الله عليه وسلم والحديث الأول أثبت . فعلى هذا يكون كثرة الناس وشدة الزحام عذراً . ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قصد تعاليم الناس مناسكهم . فلم يتمكن منه إلا بالركوب . والله أعلم .

(فصل) إذا طاف راكباً أو محمولا فلا رمل عليه ، وقال القاضي . يخب به بعيره والأول أصح . لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله ولا أمر به . ولأن معنى الرمل لا يتحقق فيه .

(فصل) فأما السعى راكباً فيجزئه لعذر ولغير عذر . لأن المعنى الذي منع الطواف راكباً غير موجود فيه .

مسألة ، قال (ومن كان مفرداً أو قارناً أحببنا له أن يفسخ إذا طاف وسعى . ويجعلها عمرة ، إلا أن يكون معه هدى ، فيكون على إحرامه) .

أما إذا كان معه هدى فليس له أن يحل من إحرام الحج . ويجعله عمرة بغير خلاف فعله ، وقد روى ابن عمر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قدم مكة قال للناس : من كان منكم أهدي . فإنه لا يحل من شيء حرم منه حتى يقضى حجه . ومن لم يكن منكم أهدي فليطف بالبيت وبالصفا والمروة ، وليقصر وليحل ثم ليل بالحج وليهد . ومن لم يجد هدياً فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله ، متفق عليه . وأما من لا هدى معه ممن كان مفرداً أو قارناً فيستحب له إذا طاف وسعى أن يفسخ نيته بالحج ، وينوي عمرة مفردة فيقصر ويحل من إحرامه ليصير متمتعاً إن لم يكن وقف بعرفة . وكان ابن عباس يرى أن من طاف بالبيت وسعى فقد حل ، وإن لم ينو ذلك . وبما ذكرناه قال الحسن ومجاهد وداود ، وأكثر أهل العلم على أنه لا يجوز له ذلك . لأن الحج أحد النسكين فلم يحز فسخه كالعمرة . فروى ابن ماجه بإسناده عن الحارث بن بلال المزني عن أبيه أنه قال : يا رسول الله ، فسخ الحج لنا خاصة ، أو لمن أئني ؟ قال : لنا خاصة ، وروى أيضاً عن الرق

الأسدي عن أبي ذر قال : كان ما أخذنا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين دخلنا مكة أن نجعلها عمرة ونحسل من كل شيء أن تلك كانت لنا خاصة رحمة من رسول الله صلى الله عليه وسلم دون جميع الناس .

ولنا : أنه قد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر أصحابه في حجة الوداع الذين أقردوا الحج وقرنوا أن يحلوا كلهم ويجعلوها عمرة إلا من كان معه الهدى . وثبت ذلك في أحاديث كثيرة متفق عليها بحيث يقرب من التواتر والقطع ولم يختلف في صحة ذلك وثبوته عن النبي صلى الله عليه وسلم أحد من أهل العلم عليناه ، وذكر أبو حفص في شرحه قال : سمعت أبا عبد الله بن بطة يقول . سمعت أبا بكر ابن أيرب يقول . سمعت إبراهيم الحربي يقول وسئل عن فسخ الحج فقال : قال سلمة ابن شبيب لأحمد بن حنبل : يا أبا عبد الله كل شيء منك حسن جميل لإخنة واحدة . فقال : ما هي ؟ قال تقول : يفسخ الحج . فقال أحمد : قد كنت أرى أن لك عقلا ، عندي ثمانية عشر حديثاً صحاحاً جيداً كلها في فسخ الحج ، أتركها لقولك ؟ وقد روى فسخ الحج ابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة . وأحاديثهم متفق عليها . ورواه غيرهم وأحاديثهم كلها صحاح . قال أحمد : روى الفس من عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث جابر وعائشة وأسماء والبراء وابن عمر وسبرة الجني ، وفي لفظ حديث جابر قال : أهلنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج حالصاً وحده وليس معه عمرة فقدم النبي صلى الله عليه وسلم صبح رابعة مضت من ذى الحجة فلما قدمنا أمرنا النبي صلى الله عليه وسلم أن نحل قال : أحلوا وأصيبوا من النساء . قال : فبلغه عنا أنا نقول : لم يكن بيننا وبين عرفة إلا خمس ليال أمرنا أن نحل إلى نساءنا ، فنأتى عرفة تقطر مذاكيرنا لئى . قال : فقام رسول الله (ص) فقال : قد علمتم أنى أتقاكم لله وأصدقكم وأبركم . ولولا هدى خللت كما تحلون . خلوا . ولو استقبلت من أمرى ما استدبرت ما أهديت . قال : خللنا وسمننا وأطعنا . قال : فقال سرافة ابن مالك بن جعشم المدلجى : متعنا هذه يا رسول الله لعامنا هذا أم للابد ؟ فظنه محمد بن بكر أنه قال : للابد ، متفق عليه ، فأما حديثهم فقال أحمد : روى هذا الحديث الحارث بن بلال ، فن الحارث بن بلال ؟ يعنى أنه مجهول ولم يروه إلا

الدرودرى . وحديث أبى ذر رواه مرقع الاسدى . فن مرقع الاسدى ؟ شاعر
 من أهل الكوفة ولم يبق أباً ذر . فقيل له . أفليس قد روى الاعمش عن إبراهيم
 التيمى عن أبيه عن أبى ذر ؟ قال : كانت متعة الحج لنا خاصة أحجج رسول الله
 (ص) قال : أفيقول بهذا أحد ؟ المتعة فى كتاب الله . وقد أجمع الناس على أنها
 جائزة ، قال الجوزجاني : مرقع الاسدى ليس بمشهور . ومثل هذه الأحاديث فى
 ضعفيها وجاله رواها لا تقبل إذا انفردت ، فكيف تقبل فى رد حكم ثابت بالتواتر ،
 مع أن قول أبى ذر من أبيه وقد خالفه من هو أعلم منه وقد شد به عن الصحابة
 رضى الله عنهم ؟ فلا يلتفت إلى هذا وقد اختلف لفظه فى أصح الطريقين عنه قوله
 مخالف لكتاب الله تعالى وقول رسول الله وإجماع المسلمين وسنن رسول الله (ص)
 الثابتة الصحيحة . فلا يحل الاحتجاج به . وأما قيامه فى مقابلة قول رسول الله
 (ص) فلا يقبل على أن قياس الحج على العمرة فى هذا لا يصح . فإنه يجوز قلب
 الحج إلى العمرة فى حق من فاته الحج ومن حصر عن عرفه ، والعمرة لا تصير حجاً
 بحال ، ولأن فسح الحج إلى العمرة يصير به متمتعاً فتحصل الفضيلة . وفسح
 العمرة إلى الحج يفوت الفضيلة . ولا يلزم من مشروعية ما يحصل الفضيلة مشروعية
 تفويتها .

(فصل) وإذا فسح الحج إلى العمرة صار متمتعاً حكمه حكم المتمتعين فى وجوب الدم
 وغيره . وقال القاضى : لا يجب الدم . لأن من شرط وجوبه أن ينوى فى ابتداء
 العمرة أو فى أثناءها أنه متمتع وهذه دعوى لا دليل عليها بخلاف عموم الكتاب
 وصرح السنة الثابتة ، فإن الله تعالى قال (٢ : ٩٦) فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما
 استيسر من الهدى وفى حديث ابن عمر أن النبي (ص) قال : من لم يكن منك
 أهدي فليطف بالبيت وبالضمان والمروة وليقصر وليحل ، ثم ليحل بالحج وليهد . ومن
 لم يجد هدياً فليصم ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله ، متفق عليه . ولأن
 وجوب الدم فى المتعة للترفة بتسقوط أحد السفرتين . وهذا المعنى لا يختلف بالنية
 وعدمها . فوجب أن لا يختلف وجوب الدم . على أنه لو ثبت أن النية شرط فقد
 وجدت . فإنه ما حل حتى توى أنه يحل ثم يحرم بالحج .

مسألة ، قال : (ومن كان متمتعاً قطع التلبية إذا وصل إلى البيت) .

قال أبو عبد الله : يقطع المتمتع التلبية إذا استلم الركن وهو . معنى قول الحرثي : إذا وصل إلى البيت . وهذا قال ابن عباس وعطاء وعمر بن ميمون وطائفة والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي . وقال ابن عمر وعروة والحسن : يقطعها إذا دخل الحرم . وقال سعيد بن المسيب : يقطعها حين يرى عرش مكة ، وحكى عن مالك : أنه إن أحرَم من الميقات قطع التلبية إذا وصل إلى الحرم ، وإن أحرَم بها من أدنى الحل قطع التلبية حين يرى البيت .

ولنا : ما روى عن ابن عباس يرفع الحديث . كان يسك عن التلبية في العمرة إذا استلم الحجر . قال الزمذلي : هذا حديث حسن صحيح ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم اعتمر ثلاث عمر ولم يزل يلبى حتى استلم الحجر ، ولأن التلبية إجابة إلى العبادة وإشعار للإقامة عليها . ولأنما يتركها إذا أشرع فيها بنافها وهو التحلل منها والتحلل يحصل بالطواف والسعي . فإذا شرع في الطواف فقد أخذ في تحلل فينبغي أن يقطع التلبية كالخارج يقطعها . إذا شرع في رمي جمرة العقبة . لحصول التحلل بها ، وأما قبل ذلك فلم يشرع فيها بنافها فلا معنى لقطعها . والله تعالى أعلم .

باب صفة الحج

ذكر في هذا الباب صفة الحج بعد حل المتمتع من عمرته . ونبدأ بذكر حديث جابر في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم . ونقتصر منه على ما يختص بهذا الباب ، وقد ذكرنا بعضه برفق في الأبواب الماضية . وهو حديث جامع صحيح . رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر ، وذكر الحديث قال : دخل الناس كلهم وقصروا إلا النبي صلى الله عليه وسلم ومن كان معه هدى فليأكل يوم التروية وتوجهوا إلى منى فأهلوا بالحج . وركب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى منى ، فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والتراويح . ثم

مكث قليلا حتى طلعت الشمس ، وأمر بقبه من شعر تضرب له بنمرة فसार رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا تشك قريش ، إلا أنه واقف عند المشعر الحرام كما كانت قريش تصنع في الجاهلية فأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حتى إذا أتى عرفة فوجد القبة قد ضربت له بنمرة ، فنزل بها حتى إذا زالت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له ، فأتى بطن الوادي فخطب الناس . وقال : إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا ، في بلدكم هذا ألا إن كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع ، ودماء الجاهلية موضوعة ، وإن أول دم أضعه من دمائنا دم ابن ربيعة بن الحارث - كان مسترضعا في بني سعد فقتله هذيل ورب الجاهلية موضوع وأول ربا أضع من ربانا ربا عباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله ، فانقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحلتم فروجهن بكلمة الله ، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تسكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقد تركت فيكم ما لن تضلوا بعده إن اعتصمتم به كتاب الله وأنتم تسألون عني فما أنتم قائلون ؟ قالوا نشهد أنك قد بلغت وأديت ونصحت ، فقال بأصبعه السبابة يرفعها إلى السماء ويستكها إلى الناس : اللهم اشهد اللهم اشهد - ثلاث مرات ثم أذن ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيئا ثم ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتى الموقف فجعل بطن ناقته القصواء إلى الصخرات ، وجعل جبل المشاة بين يديه ، فاستقبل القبلة فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلا حتى غاب القرص . وأرأف أسامة خلفه ودفع رسول الله صلى الله عليه وسلم وقعد شقيق للقصواء الزمام حتى إن رأها ليصيب مورك رحله ، ويقول بيده اليمنى : أيها الناس السكينة السكينة ، كلما أتى جبلا من الجبال أرخى لها قليلا حتى تصعد ، حتى أتى المزدلفة فصلى بها المغرب والعشاء بأذان واحد وإقامتين ، ولم يسبح بينهما شيئا ثم اضطلع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى طلع الفجر ، فصلى الصبح حين تبين له الصبح بأذان وإقامة . ثم ركب القصواء ، حتى أتى المشعر الحرام . فاستقبل القبلة . فدعا الله وكبره وهله ووحده . ولم يزل واقفا حتى أسفر جدا ، فدفع قبل أن تطلع الشمس ، وأردف الفضل بن عباس . وكان رجلا حسن الشعر أبيض وسما

فلما دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم مرت به ظعن يجرين ففطلق الفضل ينظر
إليه . فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم يده على وجه الفضل . فحول الفضل
وجهه إلى الشق الآخر ينظر ، فحول رسول الله صلى الله عليه وسلم يده من الشق
الآخر على وجه الفضل فصرف وجهه من الشق الآخر ينظر ، حتى أتى بطن محسر
فرك قايلا (١) ثم سلك الطريق الوسطى التي تخرج على الجرة الكبرى ، حتى أتى
الجرة التي عند الشجرة (٢) فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة منها مثل حصى
الخنزف رى من بطن الوادى ، ثم انصرف إلى المنحرف فنحر ثلاثا وستين بدنة بيده ،
ثم أعطى عليا فنحر ما غير (٣) وأشركه في هديه . ثم أمر من كل بدنة بوضعة .
فجعلت في قدر فطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها . ثم ركب رسول الله صلى
الله عليه وسلم فأفاض إلى البيت ، فصلى بمكة الظهر فأتى بن عبد المطلب وهم يسقون
على زمزم . فقال : انزعوا بنى عبد المطلب . فلولاً أن يغلبكم الناس على سقائكم
انزعتم معكم . فنادلوه دلوفا فشرب منه (٤) قال عطاء كان منزل النبي صلى الله عليه
وسلم بمنى بالخيف ،

• مسألة ، قال (واذا كان يوم التروية أهل بالحلج ومضى إلى منى)

يوم التروية : اليوم الثامن من ذى الحجة . يسمى بذلك لأنهم كانوا يترجون
من الماء فيه يعدونه ليوم عرفة . وقيل سمي بذلك لأن إبراهيم عليه السلام رأى
ليثا في المنام ذبح ابنه : فأصبح يروى في نفسه أهو حلم أم من الله تعالى ؟ فسمى
يوم التروية فلما كانت ليلة عرفة رأى ذلك أيضاً فعرف أنه من الله تعالى فسمى
يوم عرفة . والله أعلم .

والمستحب لمن كان بمكة حلالا من المتمتعين الذين حلول من عمرتهم أو من
كان مقيا بمكة من أهلها أو من غيرهم أن يحرموا يوم التروية حين يتوجهون إلى
منى وبهذا قال ابن عمر وابن عباس وعطاء وطاوس وسعيد بن جبير وإسحاق ،

(١) أى حرك ركابه مسرعا .

(٢) هى جرة العقبة وهى الكبرى .

(٣) أى ما بقى من البدن التى أهداها وهو ٣٧ ناقه تنمة ١٠٠ .

(٤) هذا آخر حديث جابر ولم يذكره من أوله لتقدم بهجه متفرقا .

وقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال لأهل مكة : « مالكم يقدم الناس عليكم شعياً ؟ إذا رأيتم الحلال فأهلوا بالحج ، وهذا مذهب ابن الزبير . وقال مالك : من كان بمكة فأحب أن يهل من المسجد لحلال ذي الحجة . »

ولنا : قول جابر « فلما كان يوم التروية توجهوا إلى متى فأهلوا بالحج ، وفي لفظ عن جابر قال « أمرنا النبي صلى الله عليه وسلم لما حللنا أن نحرم إذا توجهنا إلى متى فأهلنا من الأبطح . حتى إذا كان يوم التروية جعلنا مكة بظهر أهلنا بالحج ، رواه مسلم . » وعن عبيد بن جريح أنه قال لعبد الله بن عمر « رأيتك إذا كنت بمكة أهل للناس ولم تهل أنت حتى يكون يوم التروية ؟ فقال عبد الله بن عمر : أما الإهلال فإنني لم أرسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تنبث به راحلته . متفق عليه . » ولأنه ميقات للإحرام . فاستوى فيه أهل مكة وغيرهم كميقات المكان . وإن أحرم قبل ذلك كان جائزاً . »

(فمحل) ومن حيث أحرم من مكة جاز لقول النبي صلى الله عليه وسلم في المواقيت « حتى أهل مكة يهلون منها ، وإن أحرم غار جاً منها من الحرم جاز . » أقول جابر « فأهلنا من الأبطح ، ويستحب أن يغسل عند إحرامه هذا ما يفعله عند الإحرام من الميقات من الغسل والتنظيف ، ويتجرد عن المخيط ويطوف سبعا ويصلي ركعتين ثم يحرم عقبيهما . ومن استحب ذلك : عطاء ومجاهد وسعيد بن جبيرة والثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، ولا يسن أن يطوف بعد إحرامه قال ابن عباس : لا أرى لأهل مكة أن يطوفوا بعد أن يحرموا بالحج . ولا أن يطوفوا بين الصفا والمروة حتى يرجعوا . وهذا مذهب عطاء ومالك وإسحاق . وإن طاف بعد إحرامه ثم سعى لم يحز منه عن السعي الواجب ، وهو قول مالك ، وقال الشافعي : يحز منه . وفعله ابن الزبير وأجازه القاسم بن محمد وابن المنذر . لأنه سعى في الحج مرة فأجزأه كإلى سعى بعد رجوعه من متى . »

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه أن يهلوا بالحج إذا خرجوا إلى متى . وقالت عائشة « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف الذين أهلوا بعمره بالبيت وبين الصفا والمروة ، ثم حادوا ثم طافوا طوافاً آخر بعد أن رجعوا من متى لحجهم ، ولو شرع لهم الطواف قبل الخروج لم يتفقوا على تركه . »

« مسألة ، قال (ومضى إلى منى فصلى بها الظهر إن أمسكته . لأنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى بمنى خمس صلوات ،)

وجملة ذلك : أن المستحب أن يخرج محرماً من مكة يوم التروية فيصلّي الظهر بمنى ؛ ثم يقيم حتى يصلّي بها الصلوات الخمس ويبعث بها . لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك . كما جاء في حديث جابر . وهذا قول سنيان ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي . ولا نعلم فيه مخالفاً . وليس ذلك واجباً في قولهم جميعاً قال ابن المنذر ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وتخلّفت عائشة ليلة التروية حتى ذهب ثلثا الليل وصلى ابن الزبير بمكة ،

(فصل) فإن صادف يوم التروية يوم جمعة فن أقام بمكة حتى تزول الشمس بمنى . تحب عليه الجمعة لم يخرج حتى يصلّيها . لأن الجمعة فرض والخروج إلى منى في ذلك الوقت غير فرض . فأما قبل الزوال فإن شاء خرج ، وإن شاء أقام حتى يصلّي . فقد روى أن ذلك وافق أيام عمر بن عبد العزيز فخرج إلى منى . وقال عطاء . كل من أدركت يصنعونه أدركتهم يجمع (١) بمكة لإمامهم ويخطب . ومرة لا يجمع ولا يخطب . فعلى هذا إذا خرج الإمام أمر بعض من تخلّف أن يصلّي بالناس الجمعة . وقال أحمد : إذا كان إلى مكة بمكة يوم الجمعة يجتمع بهم ، قيل له : يركب من منى . فيجئ إلى مكة فيجمع بهم ؟ قال : لا إذا كان هو بعد بمكة .

« مسألة ، قال (فإذا طلعت الشمس دفع إلى عرفة فأقام بها حتى يصلّي الظهر والعصر بإقامة لكل صلاة . وإن أذن فلا بأس ، وإن فاته مع الإمام صلى في رحله) .

وجملة ذلك : أن المستحب أن يدفع إلى الموقف من منى إذا طلعت الشمس يوم عرفة . فيقيم بنمرة وإن شاء بعرفة حتى تزول الشمس . ثم يخطب الإمام خطبة يعلم الناس فيها مناسكهم من موضع الوقوف ووقته والدفع من عرفات ومبئتهم بمزدلفة وأخذ الحصى لرمي الجمار . لما تقدم في حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك . ثم يأمر بالأذان فينزل فيصلّي الظهر والعصر يجمع

بينهما ويقم اسكل صلاة إقامة . وقال أبو ثور : يؤذن المؤذن إذا صعد الإمام المنبر
 لجلس فإذا فرغ المؤذن قام الإمام فخطب وقيل : يؤذن في آخر خطبة الإمام .
 وحديث جابر يدل على أنه أذن بعد فراغ النبي صلى الله عليه وسلم من خطبته .
 وكيفما فصل الحسن . وقوله : « وإن أذن فلا بأس » كأنه ذهب إلى أنه مخير بين أن
 يؤذن للأولى أو لا يؤذن . وكذا قال أحمد : لأن كلا مروي عن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم والأذان أولى . وهو قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي . وقال
 مالك : يؤذن لاسكل صلاة . واتباع ما جاء في السنة أولى . وهو مع ذلك موافق
 للقياس ، كما في سائر المجموعات والعوائت ، بقول الحرقي . فإن فاته مع الإمام صلى
 في رحله ، يعي أن المفرد يجمع كما يجمع مع الإمام . فعلة ابن عمر ، وبه قال عطاء
 ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وصاحب أبي حنيفة ، وقال النخعي والثوري
 وأبو حنيفة : لا يجمع إلا مع الإمام . فإذا لم يكن إمام رجعت إلى الأصل .

ولنا : أن ابن عمر كان إذا فاته الجمع بين الظهر والعصر مع الإمام بعرفة جمع
 بينهما منفرداً . ولأن كل جمع جاز مع الإمام جاز منفرداً كالجمع بين العشاءين
 بجمع (١) . وقولهم : إنما جاز الجمع في الجماعة لا يصح ، لأنهم قد سلموا أن الإمام
 يجمع وإن كان منفرداً .

(فصل) والسنة تعجيل الصلاة حين تزول الشمس ، وأن يقصر الخطبة ثم
 يروح إلى الموقف . لما روى سالم أنه قال للحاج يوم عرفة : « إن كنت تريد أن
 تصيب السنة فقصر الخطبة وعجل الصلاة فقال ابن عمر : صدق » رواه البخاري ،
 ولأن تطويل ذلك يمنع الروح إلى الموقف في أول وقت الزوال والسنة التعجيل
 في ذلك . فقد روى سالم : أن الحاج أجاب إلى ابن عمر : « أية ساعة كان رسول الله
 صلى الله عليه وسلم يروح في هذا اليوم ؟ قال : إذا كان ذاك رحنا ، فلما أراد
 ابن عمر أن يروح قال : أزاغت الشمس ؟ قالوا لم ترغ ، فلما قالوا قد زاغت
 ارتحل ، رواه أبو داود . وقال ابن عمر : غدا رسول الله صلى الله عليه وسلم من
 منى حين صلى الصبح صبيحة يوم عرفة حتى أتى عرفة . فبذل بمنرة حتى إذا كان

عند صلاة الظهر راح رسول الله صلى الله عليه وسلم مهجراً . فجمع بين الظهر والعصر . ثم خطب الناس . ثم راح فوقف على الموقف من عرفة ، وقد ذكرنا حديث جابر في هذا ، قال ابن عبد البر : هذا كله لا خلاف فيه بين علماء المسلمين .

(فصل) ويمحوز الجمر لكل من بعرفة من مكى ونبره ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الإمام يجمع بين الظهر والعصر بعرفة . وكذلك من صلى مع الإمام . وذكر أصحابنا : أنه لا يحوز الجمر إلا لمن بينه وبين . طئه ستة عشر فرسخاً إلخافاً بالقصر . وليس بصحيح . لأن النبي صلى الله عليه وسلم جمع جمع معه من حضره من المكيين وغيرهم . ولم يأمرهم بترك الجمع كما أمرهم بترك القصر حين قال : «أتأمنوا فأناسفر ، ولو حرم الجمع لبيته لهم . إذ لا يحوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ولا يقر النبي صلى الله عليه وسلم على الخطأ ، وقد كان عثمان يتم الصلاة . لأنه اتخذ أهلاً ولم يترك الجمع . وروى نحو ذلك عن ابن الزبير . قال ابن أبي مليكة : وكان ابن الزبير يعلننا المناسك ، فذكر أنه قال : «إذا أفاض فلا صلاة إلا بجمع ، رواه الأثرم . وكان عمر بن عبد العزيز وإلى مكة يخرج بجمع بين الصلاتين ولم يلبسنا عن أحد من المتقدمين خلاف في الجمع بعرفة ومزدلفة بل وافق عليه من لا يرى الجمع في غيره ، والحق فيما أجمعوا عليه فلا يرجع على غيره .

(فصل) فأما قصر الصلاة فلا يحوز لأهل مكة ، وهذا قال عطاء ومجاهد والزهرى وابن جريج والثوري ويحيى القطان والشافعى وأحوب الراى وابن المنذر . وقال القاسم بن محمد وسالم ومالك والأوزاعى . لهم القصر . لأن لهم الجمع فكان لهم القصر كغيرهم .

ولنا : أنهم في غير سفر بعيد فلم يحوز لهم القصر كغير من في عرفة ومزدلفة قيل لأبي عبد الله : فرجل أقام بمكة ثم خرج إلى الحج ؟ قال : إن كان لا يريد أن يقيم بمكة إذا رجع صلى ثم ركعتين ، وذكر فعل ابن عمر . قل : لأن خروجه إلى منى وعرفة ابتداء سفر . فان عزم على أن يرجع فيقيم بمكة أتم بمنى وعرفة .

«مسألة» قال (ثم يصير إلى موقف عرفة عند الجبل ، وعرفة كلها موقف ويرفع عن بطن عرفة فإنه لا يحزنه الوقوف فيه) .

يعنى : إذا صلى الصلاتين صار إلى الوقوف بعرفة . ويستحب أن يغتسل للوقوف . كان ابن مسعود يفعلها . وروى عن علي . وبه يقول الشافعى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر . لأنها تجمع للناس . فاستحب الاغتسال لها كالعباد والجمعة . وعرفة كلها موقف فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « قد وقفت ههنا وعرفة كلها موقف » رواه أبو داود وابن ماجه . وعن يزيد بن شيبان قال : « أنا ابن مربي الأنصارى ونحن بعرفة في مكان يباعده عمرو عن الإمام فسال : إني رسول الله صلى الله عليه وسلم إليكم يقول : كونوا على مشاعركم فإنه لكم على إرث من إرث أبيكم إبراهيم ، وحد عرفة من الجبل المشرف على عرفة إلى الجبال المقابلة له إلى ما يلي حواط بنى عامر . وليس وادى عرفة من الموقف . ولا يجزئه الوقوف فيه . قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن من وقف به لا يجزئه ، وحكى عن مالك : أنه يهريق دما وجهه تام .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « كل عرفة موقف وارفعوا عن بطن عرفة » رواه ابن ماجه . ولأنه لم يقف بعرفة فلم يجزئه ، كما لو وقف بمزدلفة . والمستحب أن يقف عند الصخرات وجبل الرحمة . ويستقبل القبلة . لما جاء في حديث جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل بطن ناقته القصواء إلى الصخرات وجعل جبل المشاة بين يديه واستقبل القبلة » .

(فصل) والأفضل : أن يقف راكباً على بعيره . كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم . فإن ذلك أعون له على الدعاء . قال أحمد . حين سئل عن الوقوف راكباً ؟ فقال : النبي صلى الله عليه وسلم وقف على راحلته ، وقبل : الراجل أفضل لأنه أخف على الراحلة ويحتمل التسوية بينهما .

(فصل) والوقوف ركناً لا يتم الحج إلا به إجماعاً . وقد روى الثوري عن بكير بن عطاء الليث عن عبد الرحمن بن نعم الدليل قال : « أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرفة ، فجاء نفر من أهل نجد . فقالوا : يا رسول الله كيف الحج ؟ قال : الحج عرفة . فمن جاء قبل صلاة الفجر ليلة جمع فقد تم حجه » رواه أبو داود وابن ماجه . قال محمد بن يحيى : ما أرى للثوري حديثاً أشرف منه

« مسألة ، قال فيكبر ويهلل ويختد في الدعاء إلى غروب الشمس »

يستحب الاكثار من ذكر الله تعالى والدعاء يوم عرفة ، فإنه يوم ترجى فيه الإجابة . ولذلك أحببنا له الفطر يومئذ ليتقون على الدعاء ، مع أن صومه بغير عرفة يعدل سنتين ، وروى ابن ماجه في سننه قال قالت عائشة رضي الله عنها : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ما من يوم أكثر أن يعتق الله فيه عبداً من النار من يوم عرفة ، فإنه ليدنو عز وجل ثم يباهى بهم الملائكة ، فيقول : ما أراد هؤلاء ؟ » رواه مسلم ، ويستحب أن يدعو بالمأثور من الأدعية ، مثل ما روى عن علي رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أكثر دعاء الأنبياء قبل ودعائ عشية عرفة : لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير » وكان ابن عمر يقول « الله أكبر الله أكبر والله الحمد ، الله أكبر الله أكبر والله الحمد ، لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد ، اللهم اهدني بالهدى وقتي بالتقوى واغفر لي في الآخرة والأولى ، ويرد يديه ويسكت كقدر ما كان إنسان قارئاً فاتحة الكتاب ثم يعود فيرفع يديه ويقول مثل ذلك . ولم يزل يفعل مثل ذلك حتى أفاض » وسئل سفيان بن عيينة عن أفضل الدعاء يوم عرفة ؟ فقال : لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، فقليل له : هذا ثناء وليس بدعاء ، فقال ، أما سمعت قول الشاعر :

أأذكر حاجتي ، أم قد كفاني حياؤك ؟ إن شيمتك الحياء

إذا أتني عليك المرء يوماً كفاه من تعرضه الثناء

وروى من دعاء النبي صلى الله عليه وسلم بعرفة « اللهم إنك ترى مكاني وتسمع كلامي ، وتعلم سرى وعلائيقي ؛ ولا يخفي عليك شيء من أمري ، أنا البائس الفقير ، المستغيث المستجير ، الوجل المشفق ، المقر المعترف بذنبه ، أسألك مسألة المسكين ، وأبتهل إليك ابتهاج المذنب الذليل ، وأدعوك دعاء الخائف الضريب ، من خشعت لك رقبته ، وذلل لك جسده ، وفاضت لك عينه ، ورغم لك أنفه » .

ورويانا عن سفيان الثوري أنه قال : سمعت أعرابيا وهو مستلق بعرفة يقول :
 الهى من أولى بالزلل والتقصير منى وقد خلقتنى ضعيفا ، ومن أولى بالعفو عنى منك
 وعليك فى سابق وأمرك بى محيط ، أطعك يا ذنك والمنة لك ، وعصيتك بعليك
 والحجة لك ، فأسألك بوجوب حجتك وانقطاع حجتى ، وبفقرى اليك وغناك
 عنى ، أن تغفر لى وترحمنى ، الهى لم أحسن حتى أعطيتنى ، ولم أسئ حتى قضيت
 على ، اللهم أطعك بنعمتك فى أحب الأشياء اليك شهادة أن لا اله الا الله ، ولم
 أعصك فى أنقض الأشياء اليك الشرك بك ، فاغفر لى ما بيننا ، اللهم أنت أنس
 المؤمنين لأوليائك ، وأقربهم بالكفاية من المتوكلين عليك ، تشاهدكم فى ضماهم
 وتطلع على سرائرهم ، وسرى اللهم لك مكشوف ، وأنا اليك ملهوف ، اذا أوحشتنى
 الغربة آسنى ذكرك . واذا أصمت على الموم لجأت اليك استجارة بك . علما بأن
 أزمة الأمور بيدك ومصدرها عن قضائك .

وكان ابراهيم بن اسحاق الحربى يقول : اللهم قد آويتنى من ضناى وبصرتنى
 من عماى : وأنقذتنى من جهلى وجفائى أسألك ما يتم به فوزى وما أومل فى عاجل
 دنياى ودينى ومأول أجلي ومعادى ثم مالا أبلغ أداء شكره ولا أنال احصاءه وذكره
 الا بتوفيقك والهامك . أن هيئت قلبى القاسى على الشخوص الى حرمك وقويت
 أركانى الضعيفة لزيرة عتيق بيتك ، ونقلت بدنى لإشهادى مواقف حرمك اقتداء
 بسنة خليلك واحتذاء على مثال رسواك واتباعا لآثار خيرتك وأنبيائك وأصفياك
 صلى الله عليهم وأدعوك فى مواقف الأنبياء عليهم السلام ومناسك السعداء ومساجد
 الشهداء . دعاء من أتاك لرحمتك راجيا . وعن وطنه نائيا ولقضاء نسكه مؤديا ،
 وفرائضك قاضيا وكتابك تاليا ولربه عز وجل داعيا ملبيا ولقلبه شاكيا ولذنبه
 خاشيا ولحظه مخطئا ولرهنه مغلقا ولنفسه ظالما وبجرمه عالما ، دعاء من عمت عيوبه
 وكثرت ذنوبه وتصرفت أيامه واشتدت فاقته وانقطعت مدته دعاء من
 ليس لذنبه سواك غافرا ولا لعبه غيرك مصلحا ولا لضعفه غيرك مقويا ولا
 لكسره غيرك جابرا ولا لمأول خير غيرك معطيا ولا لما يتخوف من حراره
 غيرك معقا :

اللهم وقد أصبحت فى بلد حرام فى شهر حرام فى قيام من خير الأنام أسألك

أن لا تجمعني أشقى خلقك المذنبين عندك ، ولا أخيب الراجين لديك ولا أحرم
الاملين ارحمتك الزائرين لبيتك ولا أخسر المنقلين من بلادك .

اللهم وقد كان تقصيري ما قد عرفت ومن توبيقي نفسى ما قد علمت ومن
مظالمى ما قد أحصيت فكم من كرب منه قد نجت ومن غم قد جليت وهم قد
فرجت ودعاء قد استجبت . وشدة قد أزلت ورغاء قد أنلت منك النعماء وحسن
القضاء ومنى الجفاء وطول الاستقصاء والتقصير عن أداء شكرك لك النعماء بالمحمود
فلا يمنعك يا محمود من إعطائى مسألتي من حاجتي الى حيث انتهى لها سؤلى ما تعرف
من تقصيري وما تعلم من ذنوبي وعيوبي .

اللهم فادعوك رغباً وأنصب لك وجهي طالباً وأصنع لك خدي مذبذباً راهباً
فتقبل دعائى وارحم صنعى وأصلح الفساد من أمرى واقطع من الدنيا همى
وحاجتى واجعل فيما عندك رغبتي ، اللهم وأقلبني منقلب المدركين لرجائهم المقبول
دعائهم المفلوج حججهم المبرور حججهم المغفور ذنبهم المخطوط خطاياهم المحجور سيئاتهم
المرشود أمرهم ، منقلب من لا يعصى لك بعده أمراً ، ولا يأتي من بعده مأثماً .
ولا يركب بعده جهلاً ، ولا يحمل بعده وزراً . منقلب من عمرت قلبه بذكرك .
ولسانه بشكرك وطهرت الادناس من بدنه . واستودعت الهدى قلبه . وشرحت
بالإسلام صدره . وأقررت بعفوك قبل الممات عينه . وأغضضت عن المآثم
بصره . واستشهدت في سبيلك نفسه يا أرحم الراحمين . وصلى الله على سيدنا محمد
 وآله وسلم تسليماً كثيراً كما تحب ربنا وترضى ولا حول ولا قوة الا بالله
 العلى العظيم .

وقول الحرقي ، الى غروب الشمس ، معناه : ويجب عليه الوقوف الى غروب
الشمس ليجمع بين الليل والنهار في الوقوف بعرفة فإن النبي صلى الله عليه وسلم
وقف بعرفة حتى غابت الشمس في حديث جابر . وفي حديث علي وأسامة أن
النبي صلى الله عليه وسلم دفع حين غابت الشمس ، فإن دفع قبل الغروب فحجه
صحيح في قول جماعة الفقهاء الا مالكا قال لا حج له . قال ابن عبد البر لا نعلم
أحداً من فقهاء الامصار . قال بقول مالك . وحجته ما روى ابن عمر أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال : من أدرك عرفات بليل فقد أدرك الحج ، ومن

فاته عرفات بليل فقد فاته الحج فليحل بعمره ، وعليه الحج من قابل .
ولنا ما روى عروة بن مضر بن أوس بن حارثة بن لام الطائي قال : أتيت
رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمزدلفة ، حين خرج إلى الصلاة ، فقلت : يا رسول الله ،
إني جئت من جبل طى ، أكملت راحلتي وأتعبت نفسي ، والله ما تركت من جبل
إلا وقفت عليه ، فهل لى من حج ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من شهد
صلاتنا هذه ، ووقف معنا حتى يذفع . وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً
فقد تم حجه وقضى نفسه .

قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح ، ولأنه وقف فى زمن الوقوف :
فأجراه كالليل ، فأما خبره فإنما خص الليل لأن الفوات يتعلق به إذا كان يوجد
بعد النهار . فهو آخر وقت الوقوف كما قال عليه السلام : من أدرك ركعة من العصر
قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها ، ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع
الشمس فقد أدركها .

وعلى من دفع قبل الغروب دم فى قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء والثورى
والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ومن تبعهم ، وقال ابن جريج . عليه بدنة ،
وقال الحسن البصرى : عليه هدى من الابل .

ولنا أنه واجب لا يفسد الحج بفواته ، فلم يوجب البدنة كالأحرام من الميقات .
(فصل) فإن دفع قبل الغروب ثم عاد نهاراً فوقف حتى غربت الشمس
فلا دم عليه ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال الكوفيون وأبو ثور : عليه دم
لأنه بالدفع لزمه الدم ، فلم يسقط برجوعه كما لو عاد بعد غروب الشمس .

ولنا أنه أتى بالواجب وهو الجمع بين الوقوف فى الليل والنهار فلم يجب عليه
دم ، كمن تجاوز الميقات غير محرم ، ثم رجع فأحرم منه ، فإن لم يعد حتى غربت
الشمس فعليه دم لأن عليه الوقوف حال الغروب ، وقد فاته بخروجه فأشبهه من
تجاوز الميقات غير محرم فأحرم دونه ثم عاد إليه ، ومن لم يدرك جزءاً من النهار
ولا جاء عرفة حتى غابت الشمس ، فوقف ليلا فلا شيء عليه وحجه تام ، لا نعلم
مخالفاً ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : من أدرك عرفات بليل ، ولأنه لم يدرك
جزءاً من النهار فأشبهه من منزله دون الميقات إذا أحرم منه .

(فصل)

وقت الوقوف : من طلوع الفجر يوم عرفة إلى طلوع الفجر من يوم النحر ، لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن آخر الوقت : طلوع فجر يوم النحر ، قال جابر : لا يفوت الحج حتى يطلع الفجر من ليلة جمع ، قال أبو الزبير : فقلت له : وأقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ؟ قال نعم ، رواه الأثرم : وأما أوله : فمن طلوع الفجر يوم عرفة ، فمن أدرك عرفة في شيء من هذا الوقت وهو عاقل فقد تم حجه ، وقال مالك والشافعي : أول وقته زوال الشمس من يوم عرفة : واختاره أبو حفص العكبري ، وحمل عليه كلام الحرق ، وحكى ابن عبد البر ذلك إجماعاً ، وظاهر كلام الحرق ما قلناه فإنه قال : ولو وقف بعرفة نهاراً ودفع قبل الامام فعليه دم

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلاً أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفته ، ولأنه من يوم عرفة ، فكان وقتاً للوقوف كبعد الزوال . وترك الوقوف لا يمنع كونه وقتاً للوقوف كبعد العشاء ، وإنما وقفوا في وقت الفضيلة ولم يستوعبوا جميع وقت الوقوف .

(فصل) وكيفما حصل بعرفة وهو عاقل أجزأه قائماً أو جالساً أو راكباً أو نائماً ، وإن مر بها مجتازاً فلم يعلم أنها عرفة أجزأه أيضاً ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة ، وقال أبو ثور : لا يجزئه لأنه لا يكون واقفاً إلا بإرادة^(١) . ولنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم « وقد أتى عرفات قبل ذلك ليلاً أو نهاراً ، ولأنه حصل بعرفة في زمن الوقوف وهو عاقل ، فأجزأه كما لو علم ، وإن وقف وهو مغمى عليه أو مجنون ، ولم يبق حتى خرج منها لم يجزه ، وهو قول الحسن والشافعي وأبي ثور وإسحاق وابن المنذر ، وقال عطاء في المغمى عليه : يجزه . وهو قول مالك وأصحاب الرأي .

(١) هذا هو الذي يقوم عليه الدليل وغرض الشارع وما رأيت في المذاهب الأربعة أغرب من هذه المسألة .

وقد توقف أحد رحمه الله في هذه المسألة ، وقال الحسن يقول : بطل حجه وعطاء يرخص فيه ، وذلك لأنه لا يعتبر له نية ولا طهارة ، ويصح من النائم فصيح من المغمى عليه كالمبيت بمزدلفة ، ومن نصر الأول قال : وكنا من أركان الحج ، فلم يصح من المغمى عليه كسائر أركانه ، قال ابن عقيل : والسكران كالمغمى عليه لأنه زائل العقل بغير نوم فأشبهه المغمى عليه ، وأما النائم فيجزئه الوقوف لأنه في حكم المستيقظ .

(فصل) ولا يشترط للوقوف طهارة ولا ستارة ولا استقبال ولا نية : ولا نعلم في ذلك خلافاً ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الوقوف بعرفة غير طاهر مدرك للحج ، ولا شيء عليه وفي قول النبي (ص) لعائشة ، افعلى ما يفعله الحاج غير الطواف بالبית ، دليل على أن الوقوف بعرفة على غير طهارة جائز ، ووقفت عائشة رضى الله عنها بها حائضاً بأمر النبي (ص) ويستحب أن يكون طاهراً ، قال أحمد : يستحب له أن يشهد المناسك كلها على وضوء ، كان عطاء يقول : لا يقضى شيئاً من المناسك الا على وضوء .

« مسأله ، قال (فإذا دفع الامام دفع معه الى مزدلفة) »

الامام هنا : الوالى الذى اليه أمر الحج من قبل الامام ، ولا ينبغي للناس أن يدفعوا حتى يدفع ، قال أحمد : ما يعجبني أن يدفع الا مع الامام ، وسئل عن رجل دفع قبل الامام بعد غروب الشمس ؟ فقال : ما وجدت عن أحد أنه سهل فيه كلهم يشدد فيه ، والمستحب : أن يقف حتى يدفع الامام ثم يسير نحو المزدلفة على سكينته ووقار ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم حين دفع « وقد شقق لثاقته القصواء بالزمام ، حتى إن رأسها ليصيب مورك رحله ويقول بيده اليمنى : أيها الناس السكينة السكينة » هذا في حديث جابر .

وروى عن ابن عباس « أنه دفع مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم عرفة ، فسمع النبي صلى الله عليه وسلم ورأى زجراً شديداً وضرباً للابل ، فأشار بصوته اليهم وقال : أيها الناس عليكم السكينة ، فإن البر ليس بإيضاع الابل » ، رواه البخارى ، وقال عروة « سئل أسامة وأنا جالس ، كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم

يسير في حجة الوداع؟ قال: كان يسير العنق، فإذا وجد فجوة نص، قال هشام بن عروة والنص فوق العنق، متفق عليه.

«مسألة» قال (ويكبر في الطريق، ويذكر الله تعالى)

ذكر الله تعالى يستحب في الأوقات كلها وهي في هذا الوقت أشد تأكيداً، لقول الله تعالى (١٩٩. ٢) فإذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم، ولأنه زمن الاستشعار بطاعة الله تعالى والتلبس بعبادته والسمي إلى شعائره، وتستحب التلبية وذكر قوم أنه لا يلبي.

ولنا ما روى الفضل بن عباس «أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبي حتى رمى الجرة» متفق عليه، وعن عبد الرحمن بن يزيد قال «شهدت ابن مسعود يوم عرفة وهو يلبي فقال له رجل كلبه، فسمعته زاد في قلبه شيئاً لم أسمعته قبل ذلك قالها: لبيك عدد التراب» ويستحب أن يمضى على طريق المازمين، لأنه يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم سلكها، وإن سلك الطريق الأخرى جاز.

«مسألة» قال (ثم يصلي مع الإمام المغرب وعشاء الآخرة بإقامة لكل صلاة فإن جمع بينهما بإقامة واحدة فلا بأس)

وجملة ذلك: أن السنة لمن دفع من عرفة أن لا يصلي المغرب حتى يصل مزدلفة فيجمع بين المغرب والعشاء، لا خلاف في هذا، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم لا اختلاف بينهم أن السنة أن يجمع الحاج بين المغرب والعشاء، والأصل في ذلك «أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بينهما» رواه جابر وابن عمر وأسماء وأبو أيوب وغيرهم، وأحاديثهم صحاح، ويقم لكل صلاة إقامة، لما روى أسماء بن زيد قال «دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفة حتى إذا كان بالشعب نزل فبال، ثم توضأ، فقلت له: الصلاة يا رسول الله، قال: الصلاة أمامك، فركب فلما جاء مزدلفة نزل، فتوضأ فأسبغ الوضوء، ثم أقيمت الصلاة فصلى المغرب، ثم أناخ كل إنسان بعيره في منزله، ثم أقيمت الصلاة فصلى، ولم يصل بينهما» متفق عليه وروى هذا القول عن ابن عمر، وبه قال سالم والقاسم بن محمد والشافعي وإسحاق وإن جمع بينهما بإقامة الأولى فلا بأس، يروى ذلك عن ابن عمر أيضاً.

وبه قال الثوري لما روى ابن عمر قال : « جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المغرب والعشاء بجمع ، صلى المغرب ثلاثاً والعشاء ركعتين بإقامة واحدة ، رواه مسلم ، وإن أذن للأولى وأقام ثم أقام للثانية فحسن ، فإنه يروى في حديث جابر وهو متضمن للزيادة ، وهو معتبر بسائر الفوائد والمجموعات ، وهو قول ابن المنذر وأبي ثور ، والذي اختار الحرقي . إقامة لكل صلاة من غير أذان . قال ابن المنذر : وهو آخر قول أحمد لأنه رواية أسامة ، وهو أعلم بحال النبي (ص) فإنه كان رديفه ، وقد اتفق هو وجابر في حديثيهما على إقامة لكل صلاة ، واتفق أسامة وابن عمر على الصلاة بغير أذان ، مع أن حديث ابن عمر المتفق عليه قال « بإقامة » . قال وإنما لم يؤذن للأولى ههنا لأنها في غير وقتها ، بخلاف المجموعتين بعرفة . وقال مالك . يجمع بينهما بأذان وإقامتين . وروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن مسعود ، واتباع السنة أولى

قال ابن عبد البر : لا أعلم فيما قاله مالك حديثاً مرفوعاً بوجه من الوجوه ، وقال قوم إنما أمر عمر بالتأذين للثانية ، لأن الناس كانوا قد تفرقوا لعشائهم فأذن لجمعهم ، وكذلك ابن مسعود فإنه يجعل العشاء بالمزدلفة بين الصلاتين

« مسألة » قال (وإن فاته مع الإمام صلى وحده)

معناه أنه يجمع منفرداً كما يجمع مع الإمام ، ولا خلاف في هذا ، لأن الثانية منهما تصلى في وقتها بخلاف العصر مع الظهر . وكذلك إن فرق بينهما لم يبطل الجمع كذلك ، ولما روى أسامة قال « ثم أقيمت الصلاة فضلى المغرب ثم أناخ كل إنسان بغيره في منزله ، ثم أقيمت العشاء فصلاها ، وروى البخاري عن عبد الرحمن بن يزيد قال « حج عبد الله فأتينا إلى مزدلفة حين الأذان بالعمرة » أو قريباً من ذلك فأمر رجلاً فأذن وأقام ثم صلى المغرب ثم صلى بعدها ركعتين ثم دعا بعشائه ثم أمر — أرى — فأذن وأقام ثم صلى العشاء ثم قال . رأيت رسول الله (ص) يفعله ، ولأن الجمع متى كان في وقت الثانية لم يضر التفريق شيئاً .

(فصل) والسنة التعجيل بالصلاتين ، وأن يصلى قبل حط الرحال ، لما ذكرنا

من حديث أسامة . وفي بعض ألفاظه : « أن النبي صلى الله عليه وسلم أقام للمغرب ثم أتاخ الناس في منازلهم . ولم يخلوا حتى أقام العشاء الآخرة فصلى ثم حلوا ، رواه مسلم ، والسنة أن لا يتطوع بينهما . قال ابن المنذر : ولا أعلم يختلفون في ذلك وقد روى عن ابن مسعود أنه تطوع بينهما ، ورواه عن النبي صلى الله عليه وسلم . ولنا حديث أسامة وابن عمر « أن النبي (ص) لم يصل بينهما وحديثها أصح وقد قدم في ترك التفريق بينهما .

(فصل)

فإن صلى المغرب قبل أن يأتي مزدلفة ولم يجمع خالف السنة وصحت صلاته ، وبه قال عطاء وعروة والقاسم بن محمد وسعيد بن جبير ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف وابن المنذر . وقال أبو حنيفة والثوري لا يجوز له لأن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الصلاتين فكان نسكا ، وقد قال « خذوا عني مناسككم »

ولنا أن كل صلاتين جاز الجمع بينهما جاز التفريق بينهما كالظهر والعصر بعرفة وفعل النبي صلى الله عليه وسلم محمول على الأولى والأفضل . ولئلا ينقطع سيره ويبطل ما ذكره بالجمع بعرفة

« مسألة ، قال (فإذا صلى الفجر وقف عند المشعر الحرام فدعا)

يعنى أنه يبيت بمزدلفة حتى يطالع الفجر فبصلى الصبح ، والسنة أن يعجلها في أول وقتها ليتسع وقت الوقوف عند المشعر الحرام ، وفي حديث جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الصبح حين تبين له الصبح » ، وفي حديث ابن مسعود « أنه صلى الفجر حين طلع الفجر ، قائل يقول : قد طلع الفجر ، وقائل يقول لم يطالع ثم قال في آخر الحديث : رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يفعله » ، رواه البخاري نحو هذا ، ثم إذا صلى الفجر وقف عند المشعر الحرام وهو قرح فيرقى عليه أن أمكنه ، والا وقف عنده فذكر الله تعالى ودعا واجتهد . قال الله تعالى (٢ ، ١٩٨) فإذا أفضم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام)

وفي حديث جابر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى المشعر الحرام فرقى عليه ،
دعا الله وهلله وكبره ووحده ،

ويستحب أن يكون من دعائه : اللهم كما وقفنا فيه وأریتنا إياه فوقفنا لذكرك
كما هديتنا ، واغفر لنا وارحمنا كما وعدتنا بقولك ، وقولك الحق (فإذا أفضتم من
عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم وإن كنتم من قبله
لن الضالين ، ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس واستغفروا الله إن الله غفور
رحيم) ويقف حتى يسفر جدا لما في حديث جابر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم لم
يزل واقفا حتى أسفر جدا ،

(فصل)

وللمزدلفة ثلاثة أسماء : مزدلفة وجمع والمشعر الحرام ، وحدها من مازمی
عرفة إلى قرن محسر ، وما على يمين ذلك وشماله من الشعاب ، ففي أى موضع
وقف منها أجراه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المزدلفة موقف » رواه
أبو داود وابن ماجه ، وعن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « وقفت
هنا بجمع وجمع كلها موقف » وإس وادی محسر من مزدلفة لقوله « وارفعوا
عن بطن محسر »

(فصل) والمبيت بمزدلفة واجب ، من تركه فعليه دم ، هذا قول عطاء
والزهري وقتادة والثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي : وقال
علقمة والنخعي والشافعي : من فاته جمع فاته الحج ، لقول الله تعالى فإذا أفضتم
من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام) وقول النبي صلى الله عليه وسلم
« من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا
أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه »

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الحج عرفة ، فمن جاء قبل ليلة جمع فقد
تم حجه » يعنى من جاء عرفة : وما احتجوا به من الآية والخبر فالمنطوق فيهما
ليس بركن في الحج إجماعاً ، فإنه لو بات بجمع ولم يذكر الله تعالى ولم يشهد
الصلاة فيها صح حجه ، فإما هو من ضرورة ذلك أولى ، ولأن المبيت ليس من
ضرورة ذكر الله تعالى بها ، وكذلك شهود صلاة الفجر ، فإنه لو أفاض من عرفة

في آخر ليلة النحر أمكنه ذلك ، فبتعين حل ذلك على مجرد الإتيان أو الفضيلة أو الاستحباب .

(فصل) ومن بات بمزدلفة لم يحز له الدفع قبل نصف الليل ، فإن دفع بعده فلا شيء عليه ، وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : إن مر بها ولم ينزل فعليه دم . فإن نزل فلا دم عليه متى ما دفع .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم بات بها وقال : « خذوا عني مناسككم ، وإنما أبيع الدفع بعد نصف الليل بما ورد من الرخصة فيه ، فروى ابن عباس قال : كنت فيمن قدم النبي (ص) في ضعفة أهله من مزدلفة إلى منى ،

وعن أسماء : « أنها نزلت ليلة جمع عند دار المزدلفة فقامت تصلي ، فصلت ثم قالت : هل غاب القمر ؟ قلت نعم ، قالت فارتحلوا ، فارتحلنا ومضينا حتى رمت الحجر ، ثم رجعت فصلت الصبح في منزلها ، قلت لها : أي هتاه ، ما أرانا إلا غلسنا ، قالت كلا يا بني ، إن رسول الله (ص) أذن للظن » متفق عليهما

وعن عائشة قالت « أرسل رسول الله (ص) : بأمر سلبية ليلة النحر فرمت الحجر قبل الفجر ثم مضت فأفاضت ، رواه أبو داود ، فمن دفع من جمع قبل نصف الليل ولم يعد في الليل فعليه دم ، فإن عاد فيه فلا دم عليه كالذي دفع من عرفة نهراً . ومن لم يوافق مزدلفة إلا في النصف الأخير من الليل فلا شيء عليه ، لأنه لم يدرك جزءاً من النصف الأول فلم يتعلق به حكمه ، كمن أدرك الليل بعرفات دون النهار . والمستحب الاقتداء برسول الله (ص) في المبيت إلى أن يصبح ثم يقف حتى يسفر ، ولا بأس بتقديم الضعفة والنساء

ومن كان يقدم ضعفة أهله عبد الرحمن بن عوف وعائشة ، وبه قال عطاء والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي : ولا نعلم فيه مخالفاً ، ولأن فيه رفقا بهم ودفعاً لمشقة الزحام عنهم واقتداء بفعل نبيهم صلى الله عليه وسلم

« مسألة » قال (ثم يدفع قبل طلوع الشمس)

لا نعلم خلافاً في أن السنة الدفع قبل طلوع الشمس ، وذلك لأن النبي (ص)

كان يفعله . قال عمر : إن المشركين كانوا لا يفيضون حتى تطلع الشمس ويقولون . أشرق ثبير^١ كيما نغير ، وأن رسول الله (ص) خالفهم فأفاض قبل أن تطلع الشمس ، رواه البخاري^٢ والسنة أن يقف حتى يسفر جداً . وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وكان مالك يرى الدفع قبل الاسفار

ولنا ما روى جابر أن النبي (ص) لم يزل واقفاً حتى أسفر جداً : فدفع قبل أن تطلع الشمس ،

وعن نافع ، أن ابن الزبير أخر في الوقت حتى كادت الشمس تطلع ، فقال ابن عمر اني أراه يريد أن يصنع كما صنع أهل الجاهلية ، فدفع ودفع الناس معه ،

وكان ابن مسعود يدفع كاتصرف القوم المسافرين من صلاة الغداة ، وانصرف ابن عمر حين أسفر وأبصرت الإبل موضع أخفافها : ويستحب أن يسير وعليه السكينة كما ذكرنا في سيره من عرفات

قال ابن عباس : ثم أردف النبي (ص) الفضل بن عباس وقال : أيها الناس ان البر ليس بإيجاف الخيل والإبل ، فعليكم بالسكينة ، فما رأيتموها رافعة يديها حتى أتى منى ،

مسألة ، قال (فإذا بلغ محسراً أسرع ولم يقف حتى يأتي منى ؛ وهو مع ذلك ملياً)^٣

يستحب الإسراع في وادي محسر ، وهو ما بين جمع ومنى ، فإن كان ماشياً أسرع : وإن كان راكباً حرك دابته ، لأن جابراً قال في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه لما أتى بطن محسر حرك قليلاً ، ويروى أن عمر رضي الله عنه لما أتى محسر أسرع وقال .

(١) بل رواه الجماعة كلهم الا مسلماً ، ولفظ « كيما نغير » من زيادة أحمد وابن ماجه ، فعزوه الى البخاري بهذا اللفظ غلط فوق التقصير بعزوه اليه وحده .
(٢) كذا في الأصل والوجه هنا : ملب

«إليك تعدو قلماً وضئها» مخالفاً دين التصاري دينها «معرضاً في بطنها جنيها» ، وذلك قدر رمية بحجر ويكون ملياً في طريقه ، فإن الفضل بن عباس كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ ، وروى «أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة ، متفق عليه ، وفي لفظ عنه قال «شهدت الافاضتين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه السكينة ، وهو كافٍ بغيره ، ولبي حتى رمى جمرة العقبة ، وعن الأسود قال «أفاض عمر عشية عرفة وهو يلبي بثلاث : لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك ، ولأن التلبية من شعار الحج فلا يقطع إلا بالشروع في الإحلال ، وأوله رمى جمرة العقبة .

«مسألة ، قال (ويأخذ حصى الجمار من طريقه أو من مزدلفة)

أما استحباب ذلك لثلاث يشتغل عند قدومه بشيء قبل الرمي ، فإن الرمية تحية له ، كما أن الطواف تحية المسجد فلا يبدأ بشيء قبله ، وكان ابن عمر يأخذ الحصى من جمع ، وفعله سعيد بن جبير ، وقال : كانوا يترودون الحصى من جمع ، واستحبه الشافعي ، وعن أحمد قال : خذ الحصى من حيث شئت ، وهو قول عطاء وابن المنذر ، وهو أصح إن شاء الله تعالى ، لأن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم غداة العقبة وهو على ناقته «ألقط لي حصى ، فلقطت له سبع حصيات هن حصى الخذف ، فجعل يقبضهن في كفه ويقول : أمثال هؤلاء فارموا ، ثم قال : أيها الناس ، إياكم والغلو في الدين ، فإنما أهلك من كان قبلكم الغلو في الدين ، رواه ابن ماجه : وكان ذلك بمنى ، ولا خلاف في أنه يجزئه أخذه من حيث كان ، والتقاط الحصى أولى من تكسيه لهذا الخبر ، ولأنه لا يؤمن في التكسير أن يطير إلى وجهه شيء يؤذيه ، ويستحب أن تكون الحصيات كحصى الخذف لهذا الخبر ، ولقول جابر في حديثه «كل حصاة منها مثل حصى الخذف ، وروى سليمان ابن عمرو بن الأحوص عن أمه قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «يا أيها الناس إذا رأيتم الجمرة فارموا بنثل حصى الخذف ، رواه أبو داود ، قال الأثرم ، يكون أكبر من الحص ودون البندق ، وكان ابن عمر يرمي بنثل بع

الغنم ، فإن رمى بحجر كبير فقد روى عن أحمد أنه قال . لا يجوز له حتى يأتي بالحصى على ما فعل النبي صلى الله عليه وسلم وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بهذا القدر ، ونهى عن تجاوزه ، والأمر يقتضى الوجوب ، والنهي يقتضى فساد المنهى عنه ولأن الرمي بالكبير ربما آذى من يصيبه ، وقال بعض أصحابنا يجوز له مع تركه للسنة لأنه قد رمى بالحجر : وكذلك الحكم في الصغير .

(فصل) ويجزى الرامي بكل ما يسمى حصى ، وهى الحجارة الصغار ، سواء كان أسود أو أبيض أو أحمر ، من المرمز أو البرام أو المرو ، وهو الصوان أو الرخام أو الكندان أو حجر المسن ، وهو قول مالك والشافعى ، وقال القاضى ، لا يجزى الرخام ولا البرام والكندان ، ويقتضى قوله ، أن لا يجزى المرو ولا حجر المسن ، وقال أبو حنيفة : يجوز بالطين والمدر وما كان من جنس الأرض ، ونحوه قال الثورى ، وروى عن سكرية بنت الحسين أنها رمت الجمرة ورجل يناولها الحصى تكبر مع كل حصاة وسقطت حصاة فرمت بخاتمها .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم رمى بالحصى . وأمر بالرمي مثل حصى الخذف ، فلا يتناول غير الحصى ويتناول جميع أنواعه ، فلا يجوز تخصيصه بغير دليل ولا إلحاق غيره به . لأنه موضع لا يدخل القياس فيه .

(فصل) إن رمى بحجر أخذ من المرمى لم يجزه ، وقال الشافعى . يجزه لأنه حصى فيدخل في العموم .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ من غير المرمى : وقال « خذوا عنى مناسككم » ، ولأنه لو جاز الرمي بما رمى به لما احتاج أحد الى أخذ الحصى من غير مكانه ولا تكسيه ، والاجماع على خلافه ، ولأن ابن عباس قال « ما يقبل منها يرفع » ، وإن رمى بخاتم فضة حجر لم يجزه في أحد الوجهين ، لأنه تبع والرمي بالمتبوع لا التابع .

« مسألة ، قال (والاستحباب أن يغسله)

اختلف عن أحد في ذلك ، فروى عنه أنه مستحب . لأنه روى عن ابن عمر أنه غسله : وكان طائوس يفعله . وكان ابن عمر يتحرى سنة النبي صلى الله عليه وسلم .

وعن أحمد : أنه لا يستحب : وقال : لم يبلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم فعله ، وهذا الصحيح : وهو قول عطاء ومالك وكثير من أهل العلم ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم لما لقط له الحصيات وهو راكب على بعيره يقبضن في يده لم يغسلن ولا أمر بغسلن ، ولا فيه معنى يقتضيه ، فإن رمى بحجر نجس أجزأه لأنه حصاة ، ويحتمل أن لا يجوز له لأنه يؤدى به العبادة فاعتبرت طهارته كحجر الاستحجار وتراب التيمم وإن غسله ورمى به أجزأه وجهاً واحداً .

وعدد الحصى : سبعون حصاة يرمى منها بسبع يوم النحر رسائرها في أيام منى والله أعلم .

« مسألة ، قال (فإذا وصل منى رمى جمرة العقبة بسبع حصيات ، يكبر في أثر كل حصاة ولا يقف عندها)

حد منى ما بين جمرة العقبة ووادي محسر ، كذلك قال عطاء والشافعي ، وليس محسر والعقبة من منى ، ويستحب سلوك الطريق الوسطى التي تخرج على الجمرة الكبرى . فإن النبي صلى الله عليه وسلم سلكها كذا في حديث جابر ، فإذا وصل منى بدأ بجمرة العقبة وهي آخر الجمرات مما يلي منى ، وأولها مما يلي مكة وهي عند العقبة ، وكذلك سميت جمرة العقبة فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويستبطن الوادى ويستقبل القبلة ثم ينصرف ولا يقف ، وهذا بجملة قول من علمنا قوله من أهل العلم ، وإن رماها من فوقها جاز ، لأن عمر رضى الله عنه جاء والزحام عند الجمرة فرماها من فوقها ، والأول أفضل ، لما روى عبد الرحمن بن يزيد « أنه مشى مع عبد الله وهو يرمى الجمرة ، فلما كان في بطن الوادى أعرضها فرماها ، فقيل له . إن ناساً يرمونها من فوقها ، فقال من ههنا والذي لا إله إلا هو رأيت الذى أنزلت عليه سورة البقرة رماها ، متفق عليه . وفي لفظ « لما أتى عبد الله جمرة العقبة استبطن الوادى واستقبل القبلة وجعل يرمى الجمرة على حاجبه الأيمن ثم رمى بسبع حصيات ثم قال : والله الذى لا إله غيره من ههنا رمى الذى أنزلت عليه سورة البقرة ، قال الترمذى : وهذا حديث صحيح ، والعمل عليه عند أكثر أهل العلم ، ولا يسن الوقوف عندها ، لأن ابن عمر وابن عباس روي أن

رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا رمى جمرة العقبة انصرف ولم يقف ، رواه ابن ماجه ، ويكبر مع كل حصاة لأن جابراً قال : « فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة » وإن قال اللهم اجعله حجاً مبروراً ، وذنباً مغفوراً ، وعملاً مشكوراً ، فحسن ، فإن ابن مسعود وابن عمر كانا يقولان نحو ذلك ، وروى حنبل في المناسك بإسناده عن زيد بن أسلم قال : « رأيت سالم بن عبد الله استبطن الوادي ورمى الجمرة بسبع حصيات ، يكبر مع كل حصاة : الله أكبر الله أكبر ، ثم قال : اللهم اجعله حجاً مبروراً ، وذنباً مغفوراً ، وعملاً مشكوراً ، فسأله عما صنع ؟ فقال : حدثني أبي : أن النبي صلى الله عليه وسلم رمى الجمرة من هذا المكان ويقول كلما رمى حصاة مثل ما قلت ، وقال إبراهيم النخعي : كانوا يحبون ذلك .

فصل

ویرمیہاراکیا اوراجلا کیفما شاء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رماها على راحلته ، رواه جابر وابن عمر وأم أبي الاحوص وغيرهم ، قال جابر رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يرمي على راحلته يوم النحر ويقول : لتأخذوا عني مناسككم ، فإني لا أدري لعلي لا أحج بعد حجتي هذه ، رواه مسلم : وقال نافع « كان ابن عمر يرمي جمرة العقبة على دابته يوم النحر ، وكان لا يأتي سائرهما بعد ذلك إلا ماشياً ذاهباً وراجعاً ، وزعم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يأتيها إلا ماشياً ذاهباً وراجعاً ، رواه أحمد في المسند : وفي هذا بيان للتفريق بين هذه الجمرة وغيرها ، ولأن رمى هذه الجمرة مما يستحب البداية به في هذا اليوم عند قدومه ولا يسن عندها وقوف ، ولو سن له المشي إليها لشغله النزول عن البداية بها والتعجيل إليها بخلاف سائرهما .

(فصل) ولرمي هذه الجمرة وقتان : وقت فضيلة ووقت إجزاء ، فأما وقت الفضيلة : فبعد طلوع الشمس ، قال ابن عبد البر : أجمع علماء المسلمين على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما رماها ضحى ذلك اليوم وقال جابر « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمي الجمرة ضحى يوم النحر وحده . ورمى بعد ذلك بعد زوال الشمس ، أخرجه مسلم ، وقال ابن عباس « قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم أغيلة بنى عبد المطلب على أحمرات لنا من جمع ، فجعل يلطخ أنفأذا

ويقول : ابن عبد المطلب ، لا ترموا الحجرة حتى تطلع الشمس ، رواه ابن ماجه ^(١) وكان رميها بعد طلوع الشمس يجرى بالإجماع وكان أولى . وأما وقت الجواز فأوله نصف الليل من ليلة النحر ، وبذلك قال عطاء وابن أبي ليلى وعكرمة بن خالد والشافعي . وعن أحمد أنه يجرى بعد الفجر قبل طلوع الشمس . وهو قول مالك وأصحاب الرأي وإسحاق وابن المنذر ، وقال مجاهد والثوري والنخعي : لا يرميها إلا بعد طلوع الشمس ، لما روينا من الحديث

ولنا ما روى أبو داود عن عائشة رضي الله عنها ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أم سلة ليلة النحر فرمت جرة العقبة قبل الفجر . ثم مضت فافاضت ، وروى أنه أمرها أن تعجل الافاضة وتوافي مكة بعد صلاة الصبح ، واحتج به أحمد ، وقد ذكرنا في حديث أسماء ، أنها رمت ثم رجعت فصلت الصبح . وذكرت أن النبي (ص) أذن للظعن ، ولأنه وقت للدفع من مزدلفة ، وكان وقتا للرمي كبعد طلوع الشمس ، والأخبار المتقدمة محمولة على الاستحباب ، وإن أخر الرمي إلى آخر النهار جاز .

قال ابن عبد البر : أجمع أهل العلم على أن من رماها يوم النحر قبل المغيب فقد رماها في وقت لها وإن لم يكن ذلك مستحبا لها . وروى ابن عباس قال « كان النبي صلى الله عليه وسلم يسأل يوم النحر بمنى ، قال رجل : رميت بعد ما أمسيت ؟ فقال لا حرج » رواه البخاري ، فإن أخرها إلى الليل لم يرمها حتى تزول الشمس من الغد ، وبهذا قال أبو حنيفة وإسحاق .

وقال الشافعي ومحمد بن المنذر ويعقوب : يرمى ليلا لقول النبي (ص) « ارم ولا حرج »

ولنا أن ابن عمر قال « من فاته الرمي حتى تغيب الشمس فلا يرم حتى تزول الشمس من الغد » وقول النبي (ص) « ارم ولا حرج » إنما كان في النهار ، لأنه سأل في يوم النحر ، ولا يكون اليوم الا قبل مغيب الشمس . وقال مالك : يرمى ليلا وعليه دم ، ومرة قال لا دم عليه

(فصل) ولا يجزئه الرمي إلا أن يقع الحصى في الرمي ، فإن وقع دونه لم يجزئه

(١) ورواه النسائي وأبو داود ، وقال اللطخ : الضرب اللين ٢٠ - ٣ المغني

في قولهم جميعا ، لأنه مأمور بالرمل ولم يرم ، وإن طرحها طرحا أجزأه ، لأنه يسمى رميا . وهذا قول أصحاب الرأي . وقال ابن القاسم : لا يجزئه ، وإن رمى حصاة فوقعت في غير المرمى فأطارت حصاة أخرى فوقعت في المرمى لم يجزه ، لأن التي رامها لم تقع في المرمى ، وإن رمى حصاة فالتقما طائر قبل وصولها لم يجزه لأنها لم تقع في المرمى ، وإن وقعت على موضع صلب في غير المرمى ثم تدرجت على المرمى أو على ثوب إنسان ثم طارت فوقعت في المرمى أجزأته ، لأن حصوله بفعله ، وإن فضضها ذلك الإنسان عن ثوبه فوقعت في المرمى ، فعن أحمد رحمه الله أنها تجزئه لأنه انفرد برميها .

وقال ابن عقيل : لا يجزئه لأن حصولها في المرمى بفعل الثاني فأشبهه ماله أخذها بيده فرمى بها ، وإن رمى حصاة فشك هل وقعت في المرمى أو لا ؟ لم يجزئه ، لأن الأصل بقاء الرمي في ذمته فلا يزول بالشك ، وإن كان الظاهر أنها وقعت فيه أجزأته ، لأن الظاهر دليل ، وإن رمى الحصاة دفعة واحدة لم يجزه إلا عن واحدة ، نص عليه أحمد ، وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال عطاء يجزئه ويكبر لكل حصاة

ولنا ، أن النبي (ص) رمى سبع رميات وقال : خذوا عني مناسككم ، قال بعض أصحابنا : ويستحب أن يرفع يديه في الرمي حتى يرى بياض إبطه

« مسألة ، قال () ويقطع التلبية عند ابتداء الرمي »

وعن قال يلبي حتى يرمى الحجرة ابن مسعود وابن عباس وميمونة ، وبه قال عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وروى عن سعد بن أبي وقاص وعائشة : يقطع التلبية إذا راح إلى الموقف ، وعن علي وأم سلمة : أنها كانا يليان حتى تزول الشمس يوم عرفة ، وهذا قريب من قول سعيد وعائشة : وكان الحسن يقول : يلبي حتى يصلي الغداة يوم عرفة ، وقال مالك : يقطع التلبية إذا راح إلى المسجد

ولنا أن الفضل بن عباس روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة ، وكان رديفه يومئذ ، وهو أعلم بحاله من غيره » ، وقول

النبي صلى الله عليه وسلم وفعله مقدم على كل من خالفه . واستحب قطع التلبية عند أول حصة ، رواه حنبل في المناسك ، وهذا بيان يتعين الأخذ به ، وفي رواية من روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر مع كل حصة دليل على أنه لم يكن يلبي ، ولأنه يتحلل بالرمي ، فإذا شرع فيه قطع التلبية ، كالمعتمر يقطع التلبية بالشروع في الطواف .

« مسألة ، قال (ثم ينحر إن كان معه هدى »

وجملة ذلك أنه إذا فرغ من رمي الجمرات يوم النحر لم يقف وانصرف ، فأول شيء يبدأ به نحر الهدى إن كان معه هدى واجبا أو تطوعا ، فإن لم يكن معه هدى وعليه هدى واجب اشتراه ، وإن لم يكن عليه واجب فأحب أن يضحي اشترى ما يضحي به وينحر الإبل ويذبح ما سواها ، والمستحب أن يتولى ذلك بيده : وإن استتاب غيره جاز هذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي . وذلك لما روى جابر في صفة حج النبي (ص) : « أنه رمى من بطن الوادي ثم انصرف إلى المنحر ، فنحر ثلاثا وستين بدنة ، ثم أعطى عليا فنحر ما غبر وأشركه في هديه ، وقال أنس « نحر النبي (ص) بيده سبع بدنات قياما ، رواه البخاري

(فصل)

والسنة نحر الإبل قائمة معقولة يدها اليسرى ، فيضربها بالحرية في الوهدة التي بين أصل العنق والصدر ، من استحب ذلك : مالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر واستحب عطاء نحرها بركة ، وجوز الثوري وأصحاب الرأي كل ذلك ولنا ما روى دينار بن جبير قال « رأيت ابن عمر أتى على رجل أناخ بدنته لينحرها ، فقال أبعثها قياما مقيدة ، سنة محمد (ص) ، متفق عليه . وروى أبو داود بإسناده عن عبد الرحمن بن سابط « أن النبي (ص) وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليسرى ، قائمة على ما بقي من قوائمها ، وفي قول الله تعالى (٢٢ ، ٢٣) فإذا وجبت جنوبها) دليل على أنها تنحر قائمة ، ويروى في تفسير قوله تعالى (فاذكروا اسم الله عليها صواف) أي قياماً وتجزئه كيفما نحر

قال أحد: ينحر البدن معقولة على ثلاث قوائم، وإن خشي عليها أن تنفر أفلحها .

(فصل) ويستحب توجيه الذبيحة الى القبلة ويقول : بسم الله والله أكبر ، وإن قال ما روى عن النبي (ص) الحسن . قال ابن المنذر : ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا ذبح يقول : بسم الله والله أكبر ، وكذلك يقول ابن عمر . وروى أن النبي (ص) ذبح يوم العيد كبشين ، ثم قال حين وجههما : وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيئاً وما أنا من المشركين ، إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين ، لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين ، بسم الله والله أكبر ، اللهم هذا منك ولك ، عن محمد وأمه ، رواه أبو داود ، وإن اقتصر على التسمية ووجه الذبيحة الى غير القبلة ترك الأفضل وأجزأه ، هذا قول القاسم بن محمد والنخعي والثوري والشافعي وابن المنذر ، وكان ابن عمر وابن سيرين يكرهان الأكل من الذبيحة توجه لغير القبلة ، والصحيح أن ذلك غير واجب . ولم يقم على وجوبه دليل

(فصل)

وقت نحر الأضحية والهدى ثلاثة أيام : يوم النحر ويومان بعده ، نص عليه أحمد وقال : هو عن غير واحد من أصحاب رسول الله (ص) . ورواه الأثرم عن ابن عمر وابن عباس ، وبه قال مالك والثوري ، ويروى عن علي رضي الله عنه أنه قال : أيام النحر يوم الضحى وثلاثة أيام بعده ، وبه قال الحسن وعطاء والاوزاعي والشافعي وابن المنذر . وقال ابن سيرين : يوم واحد ، وعن سعيد بن جبير وجابر بن زيد في الامصار يوم واحد وبني ثلاثة

ولنا أن النبي (ص) نهى عن الأكل من النسك فوق ثلاث ، وغير جائز أن يكون الذبح مشروعاً في وقت يحرم فيه الأكل ثم نسخ تحريم الأكل وبقي وقت الذبح بحاله ، ولأن اليوم الرابع لا يجب فيه الرمي ، فلم يجز فيه الذبح كالذي بعده ، فأما الليالي المتخللة لأيام النحر ، فظاهر كلام الحرقى أنه لا يجزى فيها ذبح الهدى والأضحية ، لأن الله تعالى قال (٢٨ ، ٢٢) ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام) فذكر الأيام دون الليالي وقال

غيره من أصحابنا : يجوز لبني يومى التشريق الثلاثين . وهو قول أكثر الفقهاء .

لأن هاتين الليلتين داخلتان في مدة الذبح ، فجاز الذبح فيهما كالأيام

(فصل) وإذا نحر الهدى فرقه على المساكين من أهل الحرم ، وهو من كان

في الحرم ، فإن أطلقها لهم جاز ، كما روى أنس « أن النبي صلى الله عليه وسلم نحر

خمس بدئات . ثم قال : من شاء فليقتطع » رواه أبو داود ، وإن قسمها فهو أحسن

وأفضل ، ولا يعطى الجازر بأجرته شيئا منها ، لما روى عن علي رضي الله عنه قال

« أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدنه وأن أقسم بدنه كلها ، جلودها

وجلالها ، وأن لا أعطى الجازر منها شيئا . وقال نحن نعطيها من عندنا ، متفق على

معناه ، ولأنه بقسمها يكون على يقين من إفضائها إلى مستحقها ، ويكنى المساكين

مؤنة النهب والزحام عليها ، وإنما لم يعط الجازر بأجرته منها ، لأنه ذبحها فعوضه

عليه دون المساكين ، ولأن دفع جزء منها عوضا عن الجوزة كبيعها ، ولا يجوز

بيع شيء منها . وإن كان الجازر فقيرا فأعطاه لفقره سوى ما يعطيه أجره جاز .

لأنه مستحق الاخذ منها لفقره لا لأجره ، فجاز كغيره

وبقسم جلودها وجلالها كما جاء في الخبر ، لأنه ساقها لله على تلك الصفة ، فلا

يأخذ شيئا مما جعله الله . وقال بعض أصحابنا : لا يلزمه إعطاء جلالها لأنه إنما أهدى

الحيوان دون ما عليه

(فصل) والسنة النحر ببني لأن النبي (ص) نحر بها ، وحيث نحر من الحرم أجزأه

لقول رسول الله (ص) « كل منى منحر وكل لحاج مكة منحر وطريق » رواه أبو داود

(فصل) وليس من شرط الهدى أن يجمع فيه بين الحل والحرم ولا أن يقفه

بعرفة لكن يستحب ذلك . روى هذا عن ابن عباس ، وفيه قال الشافعي وأبو ثور

وأصحاب الرأي ، وكان ابن عمر لا يرى الهدى إلا ما عرف به . ونحوه عن سعيد

ابن جبير ، وقال مالك : أحب للقارن أن يسوق هديه من حيث يحرم ، فإن ابتاعه

من دون ذلك مما يلي مكة بعد أن يقفه بعرفة جاز ، وقال في هدى المجامع : إن لم

يكن ساقه فليشتره من مكة ثم ليخرجه إلى الحل وليسقه إلى مكة

ولنا أن المراد من الهدى نحره ونضح المساكين بلحمه ، بهذا لا يقف على شيء

مما ذكره ، ولم يرد بما قالوه دليل يوجهه فبقى على أصله

مسألة ، قال (ويخلق أو يقصر)

وجلة ذلك أنه إذا نحر هديه فإنه يخلق رأسه أو يقصر منه : لان النبي (ص) خلق رأسه ، فروى أنس « أن رسول الله (ص) رمى جهرة العقبة يوم النحر ، ثم رجع الى منزله بنى فدعا فذبح ، ثم دعا بالخلق فأخذ بشق رأسه الايمن فخلقه ، فجعل يقسم بين من يليه الشعرة والشعرتين ، ثم أخذ بشق رأسه الايسر فخلقه ثم قال « ههنا أبو طلحة ؟ فدفعه الى أبي طلحة » رواه أبو داود

والسنة أن يبدأ بشق رأسه الايمن ثم الايسر لهذا الخبر ، ولان النبي (ص) كان يعجبه التيامن في شأنه كله ؛ فإن لم يفعل أجزأه ، لانعلم فيه خلافا ، وهو خير بين الخلق والتقصير أيهما فعل أجزأه في قول أكثر أهل العلم

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن التقصير يجزئ ، يعنى في حق من لم يوجد منه معنى يقتضى وجوب الخلق عليه ، إلا أنه يروى عن الحسن أنه كان يوجب الخلق في أول حجة حجها ، ولا يصح هذا ، لان الله تعالى قال (لمخلقين رهوسم ومقصرين) ولم يفرق النبي (ص) قال « رحم الله المخلقين والمقصرين » وقد كان مع النبي (ص) من قصر فلم يعب عليه ، ولو لم يكن مجزيا لانكر عليه ، والخلق أفضل لأن النبي عليه السلام قال « رحم الله المخلقين ، قالوا يا رسول الله والمقصرين ؟ قال رحم الله المخلقين ، قالوا والمقصرين يا رسول الله ؟ قال رحم الله المخلقين والمقصرين » رواه مسلم ، ولان النبي عليه السلام خلق

واختلف أهل العلم فيمن لبد أو عقص أو ضفر ، فقال أحمد : من فعل ذلك فليخلق ، وهو قول الثنخمي ومالك والشافعي واسحاق ، وكان ابن عباس يقول : من لبد أو ضفر أو عقد أو قتل أو عقص فهو على ما نوى ، يعنى ان نوى الخلق فليخلق ؛ وإلا فلا يلزمه

وقال أصحاب الرأي : هو مخير على كل حال لان ما ذكرناه يقتضى التخيير على العموم ، ولم يثبت في خلاف ذلك دليل ، واحتج من نصر القول الاول بأنه روى عن النبي (ص) أنه قال « من لبد فليخلق »

وثبت عن عمر وابنه ، أنها أمرا من لبد رأسه أن يحلقه ، وثبت ، أن النبي صلى الله عليه وسلم لبد رأسه ، وأنه حلقه ، والصحيح : أنه غير إلا أن يثبت الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وقول عمر وابنه قد خالفها فيه ابن عباس ، وفعل النبي صلى الله عليه وسلم له لا يدل على وجوبه بعد ما بين لهم جواز الأمرين .

(فصل)

والحلق والتقصير نسك في الحج والعمرة في ظاهر مذهب أحمد ، وقول الخرقى ، وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعى وعن أحمد . أنه ليس بنسك وإنما هو إطلاق من محذور كان محرما عليه بالإحرام ، فأطلق فيه عند الحل كاللباس والطيب وسائر محظورات الإحرام فعلى هذه الرواية : لا شيء على تاركه ، ويحصل الحل بدونه ، ووجهها : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالحل من العمرة قبله ، فروى أبو موسى قال : قدمت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لى : بم أهلك ؟ قلت : لبيك يا هلال كإهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أحسنت فأمرني فطقت بالبيت وبين الصفا والمروة ، ثم قال لى . أحل ، متفق عليه .

وعن جابر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم لما سعى بين الصفا والمروة قال . من كان معه هدى فليحل وليجعلها عمرة ، رواه مسلم ، وعن سراقه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا قدمتم فن تطوف بالبيت وبين الصفا والمروة فقد حل إلا من كان معه هدى ، رواه أبو إسحاق الجوزجاني في المترجم ، ولأن ما كان محرما فى الإحرام إذا أبيع كان إطلاقا من محذور كسائر محرماته ، والرواية الأولى . أصح ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ، فروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من لم يكن معه هدى فليطاف بالبيت وبين الصفا والمروة وليقصر وليحل .

وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أحلوا إحرامكم بطواف بالبيت والمروة وقصروا ، وأمره يقتضى الوجوب . ولأن الله تعالى وصفهم به بقوله سبحانه (٤٨ ، ٢٨) محلقين ومقصرين) ولو لم يكن من المناسك لما وصفهم به كاللبس وقتل الصيد ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ترحم على المحلقين ثلاثا وعلى المقصرين مرة ، ولو لم يكن من المناسك لما دخله التفضيل كالمباحات ، ولأن

النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فعلوه في جميع حجهم ، وعمرهم ولم يخلو به ، ولو لم يكن نسكا لما داموا عليه ، بل لم يفعلوه لأنه لم يكن من عادتهم في فعلوه عادة ولا فيه فضل في فعلوه لفضله ، وأما أمره بالحل فإيما معناه - والله أعلم - الحل يفعل له لأن ذلك كان مشهوراً عندهم فاستغنى عن ذكره ، ولا يمتنع الحل من العبادة بما كان محرماً فيها كالسلام من الصلاة .

(فصل) ويجوز تأخير الحلق والتقصير إلى آخر أيام النحر لأنه إذا جاز تأخير النحر المقدم عليه فتأخيره أولى فإن أخره عن ذلك ففيه روايتان .

إحداهما لا دم عليه ، وبه قال عطاء وأبو يوسف وأبو ثور ، ويشبه مذهب الشافعي ؛ لأن الله تعالى بين أول وقته بقوله (٢ ، ١٩٥) ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله) ولم يتبين أخره ، فتى أتى به أجزأه كطواف الزيارة والسعي ، ولأنه نسك أجزأه^(١) إلى وقت جواز فعله ، فأشبه السعي ، وعن أحمد ، عليه دم بتأخيره . وهو مذهب أبي حنيفة لأنه نسك أخره عن محله ، ومن ترك نسكاً فعليه دم ولا فرق في التأخير بين القليل والكثير والعامد والساهي ، وقال مالك والثوري وإسحاق وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن . من تركه حتى حل فعليه دم لأنه نسك فيأتي به في إحرام الحج كسائر مناسكه - ولنا ما تقدم

(فصل) والأصلح الذي لا شعر على رأسه يستحب أن يمر موسى على رأسه روى ذلك عن ابن عمر ، وبه قال مسروق وسعيد بن جبير والنخعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، قال ابن المنذر . أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الأصلح يمر موسى على رأسه ، وليس ذلك واجباً ، وقال أبو حنيفة . يجب لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » فهذا لو كان ذا شعر وجب عليه إزالته ، وإمرار موسى على رأسه فإذا سقط أحدهما لتعذره وجب الآخر .

ولنا أن الحلق محله الشعر فسقط بعده كما يسقط وجوب غسل العضو في الوضوء بفقده ، ولأنه إمرار لو فعله في الإحرام لم يجب به دم فلم يجب عند التحلل كإمراره على الشعر من غير حلق .

(١) كذا في الأصل ولعله أخره ،

(فصل) ويستحب لمن حلق أو قصر تقليم أظفاره والأخذ من شاربته ؟
 النبي صلى الله عليه وسلم فعله ، قال ابن المنذر : ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما حلق رأسه قلم أظفاره ، وكان ابن عمر يأخذ من شاربته وأظفاره ، وكان عطاء وطاوس والشافعي يحبون لو أخذ من لحيته شيئاً ، ويستحب إذا حلق أن يبلغ العظم الذي عند منقطع الصدغ من الوجه كان ابن عمر يقول للحالق : « أبلغ العظمين ، إفضل الرأس من اللحية ، وكان عطاء يقول : من السنة إذا حلق رأسه أن يبلغ العظمين .

« مسألة ، قال (ثم قد حل له كل شيء إلا النساء)

وجملة ذلك أن المحرم إذا رمى جمرة العقبة ثم حلق حل له كل ما كان محظوراً بالإحرام إلا النساء ، هذا الصحيح من مذهب أحمد رحمه الله ، نص عليه في رواية جماعة ، فيبقى ما كان محرماً عليه من النساء من الوطء والقبلة واللبس لشهوة وعقد النكاح ، ويحل له ما سواه ، هذا قول ابن الزبير وعائشة وعلقمة وسالم وطاوس والنخعي وعبد الله بن الحسين وخارجة بن زيد والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وروى أيضاً عن ابن عباس ، وعن أحمد : أنه يحل له كل شيء إلا الوطء في الفرج لأنه أغلظ المحرمات ويفسد النسك بخلاف غيره ، وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، يحل له كل شيء إلا النساء والطيب ، وروى ذلك عن ابن عمر وعروة ابن الزبير وعبد الله بن عبد الله بن الزبير لأنه من دواعي الوطء ، فأشبه القبلة ، وعن عروة : أنه لا يلبس القميص ولا العمامة ولا يتطيب ، وروى في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثاً .

ولنا ما روت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا رميت وحلقتم فقد حل لكم الطيب والثياب وكل شيء إلا النساء » رواه سعيد ، وفي لفظ « إذا رمى أحكم جمرة العقبة وحلق رأسه فقد حل له كل شيء إلا النساء » رواه الأثرم وأبو داود ، إلا أن أبا داود قال : هو ضعيف ، رواه الحجاج عن الزهري ولم يلقه ، والذي أخرجه سعيد رواه الحجاج عن أبي بكر بن محمد عن عمرة عن عائشة قالت : طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لحرمه حين أحرم ولحله قبل أن يطوف

بالبيت ، متفق عليه ، وعن سالم عن أبيه قال قال عمر بن الخطاب « إذا رميت الجمرة وذبحتم وحلقتم فقد حل لكم كل شيء إلا الطيب والنساء ، فقالت عائشة رضي الله عنها : أبا عبيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبع » رواه سعيد .

وعن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم النحر « إن هذا يوم رخص لكم إذا رميت أن تحلوا » ، يعنى من كل ما حرمت منه إلا النساء ، رواه أبو داود .

وعن عبد الله بن عباس أنه قال « إذا رميت الجمرة فقد حل لكم كل شيء إلا النساء ، فقال له رجل : والطيب ؟ قال : أما أنا فقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يضح رأسه بالمسك ، أفطيب ذلك أم لا ؟ » رواه ابن ماجه ، وقال مالك : لا يحل له النساء ولا الطيب ولا قتل الصيد ، لقول الله تعالى : ٩٦ ، ٥ لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) وهذا حرام ، وقد ذكرنا ما يرد هذا القول ويمنع أنه محرم ، وإنما بقي بعض احكام الإحرام .

(فصل) ظاهر كلام الخرقى هنا : أن الحل إنما يحصل بالرمى والحلق معاً ، وهو إحدى الروايتين عن أحد ، وهو قول الشافعى وأصحاب الرأى ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا رميت وحلقتم فقد حل لكم كل شيء إلا النساء » وترتيب الحل عليهما دليل على حصوله بهما ، ولأنها نساكن يتعقبها الحل ، فكان حاصلها بهما كالطواف والسعى في العمرة ، وعن أحد : إذا رمى الجمرة فقد حل ؛ وإذا وطئ بعد جمره العقبة فعليه دم ؛ ولم يذكر الحلق ، وهذا يدل على أن الحل بدون الحلق ، وهذا قول عطاء ومالك وأبى ثور ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى . لقوله فى حديث أم سلمة « إذا رميت الجمرة فقد حل لكم كل شيء إلا النساء » وكذلك قال ابن عباس ، قال بعض اصحابنا . هذا يبنى على الخلاف فى الحلق ، هل هو نسك أو لا ؟ فإن قلنا نسك حصل الحل به وإلا فلا .

« مسألة » قال (والمرأة تقصر من شعرها مقدار الأنملة)

الأنملة . رأس الأصبع من المفصل الأعلى ، والمشروع للراءة . التقصير دون

الحلق ، لا خلاف في ذلك ، قال ابن المنذر : أجمع على هذا أهل العلم وذلك لأن
الحلق في حقن مثله ، وقد روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
« ليس على النساء حلق : إنما على النساء التتصير » ، رواه أبو داود ، وعن علي قال
« نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تحلق المرأة رأسها » ، رواه ابن المنذر ، وكان
أحمد يقول : تقصر من كل قرن قدر الثمالة : وهو قول ابن عمر والشافعي وإسحاق
وأبو ثور ، وقال أبو داود : سمعت أحمد سئل عن المرأة تقصر من كل رأسها ؟
قال نعم تجمع شعرها إلى مقدم رأسها ثم تأخذ من أطراف شعرها قدر الثمالة ،
والرجل الذي يقصر في ذلك كالمرأة ، وقد ذكرنا في ذلك خلافاً فيما مضى .

« مسأله » ، قال : ثم يزور البيت فيطوف به سبعاً : وهو الطواف الواجب
الذي به تمام الحج : ثم يصلي ركعتين ، إن كان مفرداً أو قارناً

وجملة ذلك أنه إذا رمى وغر وحلق وأفاض إلى مكة طواف الزيادة
لأنه يأتي من منى فيزور البيت ولا يقيم بمكة . بل يرجع إلى منى ويسمى طواف
الافاضة لأنه يأتي به عند إفاضته من منى إلى مكة وهو ركن الحج لا يتم إلا به .
لا نعلم فيه خلافاً ، ولأن الله عز وجل قال (٢٨ : ٢) وليطوفوا بالبيت العتيق)
قال ابن عبد البر : هو من فرائض الحج . لا خلاف في ذلك بين العلماء . وفيه عند
جميعهم قال الله تعالى (وليطوفوا بالبيت العتيق) وعن عائشة قالت : حججنا
مع النبي صلى الله عليه وسلم فأفضنا يوم النحر ففاضت صفية ، فأراد النبي صلى الله
عليه وسلم منها ما يريد الرجل من أهله ، فقلت ، يا رسول الله إنها حائض ، قال :
أحباستنا هي ؟ قالوا : يا رسول الله إنها قد أفاضت يوم النحر ، قال : أخرجوا ،
متفق عليه ، فدل على أن هذا الطواف لا بد منه ، وأنه حابس لمن لم يأت به ،
ولأن الحج أحد النسكين ، فكان الطواف ركناً كالعمرة .

(فصل) ولهذا الطواف وقتان وقت فضيلة ، ووقت اجزاء ، فأما وقت الفضيلة
فيوم النحر بعد الرمي والنحر والحلق . لقول جابر في صفة حج النبي صلى الله
عليه وسلم يوم النحر « فأفاض إلى البيت فصلى بمكة الظهر » وفي حديث عائشة
الذي ذكرت فيه حبض صفية قالت « فأفضنا يوم النحر » وقال ابن عمر « أفاض
النبي صلى الله عليه وسلم يوم النحر ثم رجع فصلى الظهر » متفق عليهما . فإن أخره

إلى الليل فلا بأس . فإن ابن عباس وعائشة رويَا « أن النبي صلى الله عليه وسلم آخر طواف الزيارة إلى الليل » رواهما أبو داود والترمذى ، وقال فى كل واحد منهما : حديث حسن .

وأما وقت الجواز : فأوله من نصف الليل من ليلة النحر ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : أوله طلوع الفجر من يوم النحر ، وآخره آخر أيام النحر ، وهذا مبنى على أول وقت الرمى ، وقد مضى الكلام فيه ، وأما آخر وقته . فاحتج بأنه نسك يفعل فى الحج ، فكان آخره محدوداً كالوقوف والرمى ، والصحيح أن آخر وقته غير محدود فإنه متى أتى به صح بغير خلاف ، وإنما الخلاف فى وجوب الدم ، فيقول أنه طاف فيما بعد أيام النحر طوافاً صحيحاً ، فلم يلزمه دم كما لو طاف أيام النحر : فأما الوقوف والرمى فإنهما لما كانا موقتين كان لهما وقت يفوتان بفواته وليس كذلك الطواف فإنه متى أتى به صح .

(فصل) وصفة هذا الطواف كصفة طواف القدوم ، سوى أنه ينوى به طواف الزيارة ، ويعينه بالنية ، ولا رمل فيه ، ولا اضطباع ، قال ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرمل فى السبع الذى أفاض فيه » والنية شرط فى هذا الطواف ، وهذا قول إسحاق وابن القاسم صاحب مالك وابن المنذر ، وقال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى يجوزونه وإن لم ينو الفرض الذى عليه .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » ولأن النبي صلى الله عليه وسلم سماه صلاة ، والصلاة لا تصح إلا بالنيات اتفاقاً .

« مسألة » قال (ثم قد حل من كل شيء)

يعنى إذا طاف للزيارة بعد الرمى والنحر والحلق حل له كل شيء حرمه الإحرام : وقد ذكرنا أنه لم يكن بقى عليه من المحظورات سوى النساء ، فهذا الطواف حل له النساء ، قال ابن عمر « لم يحل للنبي صلى الله عليه وسلم من شيء حرم منه حتى قضى حجه ونحر هديه يوم النحر ، فأفاض بالبيت ثم حل من كل شيء حرمه » وعن عائشة مثله ، متفق عليهما ، ولا نعلم خلافاً فى حصول الحل بطواف الزيارة

على الترتيب الذي ذكر الحرق : وأنه كان قد سعى مع طواف القدوم ، وإن لم يكن سعى لم يحل حتى يسعى ، وإن قلنا إن السعى ركن ، وإن قلنا هو سنة فهل يحل قبله ؟ على وجهين : أحدهما يحل لأنه لم يبق عليه شيء من واجباته : والثاني لا يحل لأنه من أفعال الحج فيأتي به في إحرام الحج كالسعى في العمرة ، فإنما خسر الحرق المفرد والقارن بهذا لكونها سعياً مع طواف القدوم والمتمتع لم يسع

« مسألة ، قال (وإن كان متمتعاً فيطوف بالبيت سبعاً وبالصفاء والمروة سبعاً ، كما فعل بالعمرة ، ثم يعود فيطوف طوافاً ينوي به الزيارة ، وهو قوله عز وجل (وليطوفوا بالبيت العتيق)

فأما الطواف الأول الذي ذكره الحرق ما هنا فهو طواف القدوم ، لأن المتمتع لم يأت به قبل ذلك ، والطواف الذي طافه في العمرة كان طوافها ، ونص أحمد على أنه مسنون للمتمتع في رواية الأثرم ، قال قلت لأبي عبد الله رحمه الله . فإذا رجع — أعني المتمتع — كم يطوف ويسعى ؟ قال يطوف ويسعى لحجه : ويطوف طوافاً آخر للزيارة ، عاودناه في هذا غير مرة فثبت عليه ، وكذلك الحكم في القارن والمفرد إذا لم يكونا أتيا مكة قبل يوم النحر ولا طافا للقدوم فإنهما يبدأن بطواف القدوم قبل طواف الزيارة ، نص عليه أحمد أيضاً واحتج بما روت عائشة قالت « فطاف الذين أهلوا بالعمرة وبين الصفاء والمروة ، ثم حلوا فطافوا طوافاً آخر بعد أن رجعوا من منى لحجهم ، وأما الذين جمعوا الحج والعمرة فإنما طافوا طوافاً واحداً ،

فحمل أحمد قول عائشة على أن طوافهم لحجهم هو طواف القدوم ، ولأنه قد ثبت أن طواف القدوم مشروع ، فلم يكن تعين طواف الزيارة مسقطاً له ، كتحية المسجد عند دخوله قبل التلبس بصلاة الفرض ؛ ولم أعلم أحداً وافق أبا عبد الله على هذا الطواف الذي ذكره الحرق ، بل المشروع طواف واحد للزيارة كمن دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة ، فإنه يكتفي بها عن تحية المسجد . ولأنه لم ينتقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه الذين تمتعوا معه في حجة الوداع ، ولا أمر به النبي صلى الله عليه وسلم أحداً . وحديث عائشة دليل على هذا

فإنها قالت : طافوا طوافا آخر بعد أن رجعوا من منى لحجهم ، وهذا هو طواف
الزيارة ، ولم تذكر طوافا آخر ، ولو كان هذا الذي ذكرته طواف القدوم لكانت
قد أخلت بذكر طواف الزيارة الذي هو ركن الحج لا يتم الحج إلا به ،
وذكرت ما يستغنى عنه ، وعلى كل حال فما ذكرت إلا طوافا واحدا ، فمن أين
يستدل به على طوافين ؟ وأيضا فإنها لما حاضت قرفت الحج الى العمرة بأمر النبي
صلى الله عليه وسلم ولم تكن طواف القدوم ولا أمرها به النبي : ص)

وقد ذكر الحرقى في موضع آخر في المأأة إذا حاضت تخشيت فوات الحج .
أهلت بالحج وكانت قارئة لم يكن عليها قضاء طواف القدوم ، ولأن طواف
القدوم لو لم يسقط بالطواف الواجب لشر في حق المعتمر بطواف القدوم
مع طواف العمرة ، لأنه أول قدمه الى البيت . فهو به أولى من المتمتع الذي
يعود الى البيت بعد رؤيته وطوافه به

وفي الجملة ان هذا الطواف المختلف فيه ليس بواجب ، وإنما الواجب ،
طواف واحد وهو طواف الزيارة ، وهو في حق المتمتع كهو في حق القارن
والمفرد في أنه ركن الحج لا يتم إلا به ولا بد من تعيينه ، فلو نوى به طواف
الوداع أو غيره لم يجزه

فصل في طواف الزيارة

والاطوفة المشروعة في الحج ثلاثة : طواف الزيارة ، وهو ركن الحج لا يتم
الا به بغير خلاف ، وطواف القدوم وهو سنة لا شيء على تاركه ، وطواف
الوداع واجب ينوب عنه الدم اذا تركه . وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري
وقال مالك : على تارك طواف القدوم دم ولا شيء على تارك طواف الوداع ،
وحكى عن الشافعي كقولنا في طواف الوداع وكقوله في طواف القدوم ، وما
زاد على هذه الاطوفة فهو نفل ، ولا يشرع في حقه أكثر من سعي واحد بغير
خلاف علمناه . قال جابر : لم يطف النبي (ص) ولا أصحابه بين الصفا والمروة
الا طوافا واحدا : طوافه الاول ، رواه مسلم ، ولا يكون السعي الا بعد
طواف . فإن سعى مع طواف القدوم لم يسع بعده ، وإن لم يسع معه سعى
مع طواف الزيارة

فصل

ويستحب أن يدخل البيت فيكبر في راحيه ويصلي ركعتين ويدعو الله عز وجل ، قال ابن عمر : دخل النبي ص البيت وبلال وأسامة بن زيد : فقلت لبلال : هل صلى فيه رسول الله (ص) ؟ قال : نعم ، قلت أين هو ؟ قال : بين العمودين تلقاه وجهه ، ونسيت أن أسأله كم صلى ؟ ، قال ابن عباس : أخبرني أسامة أن النبي (ص) لما دخل البيت دعا في راحيه كلها ولم يصل فيه حتى خرج ، متفق عليهما ، فقدم أهل العلم رواية بلال على رواية أسامة لانه مثبت وأسامة نافي ، ولأن أسامة كان حديث السن فيجوز أن يكون اشتغل بالنظر إلى ما في الكعبة عن صلاة النبي (ص) ، وإن لم يدخل البيت فلا بأس فإن إسماعيل بن أبي خالد قال قلت لعبد الله بن أبي أوفى : أدخل النبي صلى الله عليه وسلم البيت في عمرته ؟ قال لا ، متفق عليه ، وعن عائشة : أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج من عندها وهو مسرور ، ثم رجع وهو كئيب ، فقال : إني دخلت الكعبة ولو استقبلت من أمري ما استدبرت ما دخلتها ، إني أخاف أن أكون قد شققت على أمتي رواه أبو داود .

١ فصل : ويستحب أن يأتي زمزم فيشرب من مائه لما أحب ويتضلع منه ، قال جابر في حفة حج النبي صلى الله عليه وسلم : ثم أتى بني عبد المطلب وهم يسقون فتناولوه دلواً فشرب منه ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ماء زمزم لما شرب ، وعن محمد بن عبد الرحمن بن أبي بكر قال : كنت عند ابن عباس جالساً لحماه رجل فقال : من أين جئت ؟ قال : من زمزم ، قال : فشربت منها كما ينبغي ، قال فيكفي ، قال : إذا شربت منها فاستقبل الكعبة واذكر اسم الله وتنفس ثلاثاً من زمزم وتضلع منها فإذا فرغت فاحمد الله تعالى فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : آية ما بيننا وبين المنافقين أنهم لا يتضلعون من زمزم ، رواهما ابن ماجه : ويقول عند الشرب : بسم الله اللهم اجعله لنا علماً نافعاً ورزقاً واسعاً ورياً وشبهاً وشفاء من كل داء ، واغسل به قلبي واملاؤه من حكمتك .

(فصل) ويس أن يخطب الامام بمنى يوم النحر خطبة يعلم الناس فيها مناسكهم من النحر والافاضة والرمي ، نص عليه احمد : وهو مذهب الشافعي

وابن المنذر ، وذكر أصحابنا . أنه لا يخطب يومئذ ، وهو مذهب مالك ، لأنها تسن في اليوم الذي قبله فلم تسن فيه .

ولنا ما روى ابن عباس . أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس يوم النحر ، يعنى بمنى ، أخرجه البخارى : وعن رافع بن عمر والمزنى قال ، رأيت رسول الله (ص) يخطب الناس بمنى حين ارتفع الضحى على بغلة شبيهة وعلى " يعبر عنه والناس بين قائم وقاعد ، وقال أبو أمامة ، سمعت خطبة النبي صلى الله عليه وسلم بمنى يوم النحر ، وقال الهرماس بن زياد الباهلى ، رأيت النبي (ص) يخطب الناس على ناقته العضباء يوم الاضحى بمنى وقال عبد الرحمن بن معاذ ، خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن بمنى ففتحت أسماعنا حتى كنا نسمع ونحن في منازلنا ، فطفق يعلمهم مناسكهم حتى بلغ الجمار ، وروى هذه الاحاديث كلها أبو داود الا حديث ابن عباس ، ولأنه يوم تسكر فيه أفعال الحج : ويحتاج الى تعليم الناس أحكام ذلك ، فاحتيج الى الخطبة من أجله كيوم عرفة .

(فصل) يوم الحج الاكبر يوم النحر فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم النحر ، هذا يوم الحج الاكبر ، رواه البخارى ، وسمى بذلك لسكثرة أفعال الحج فيه من الوقوف بالمشرع والدفع منه الى منى والرمى والنحر والحلق وطواف الافاضة والرجوع الى منى ليبيت بها : وليس في غيره مثله وهو مع ذلك يوم عيد ويوم يحل فيه من احرام الحج .

(فصل) وفي يوم النحر أربعة أشياء : الرمي ثم النحر ثم الحلق ثم الطواف والسنة ترتيبها هكذا ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم رتبها ، كذلك وصفه جابر في حج النبي صلى الله عليه وسلم ، وروى أنس ، أن النبي صلى الله عليه وسلم رمى ثم نحر ثم حلق ، رواه أبو داود ، فإن أخل بترتيبها ناسيا أو جاهلا بالسنة فيها فلا شيء عليه في قول كثير من أهل العلم . منهم الحسن وطاوس ومجاهد وسعيد ابن جبير وعطاء والشافعى واسحاق وأبو ثور وداود ومحمد بن جرير الطبرى ، وقال أبو حنيفة ان قدم الحلق على الرمي أو على النحر فعليه دم فإن كان قارنا فعليه دمان : وقال زفر . عليه ثلاثة دماء ، لانه لم يوجد التحلل الاول فلزمه الدم كما لو حلق قبل يوم النحر .

ولنا ما روى عبد الله بن عمر قال « قال رجل يا رسول الله ، خلقت قبل أن أذبح . قال : اذبح ولا حرج ، فقال آخر : ذبحت قبل أن أرمي ؟ قال « ارم ولا حرج ، متفق عليه ، وفي لفظ قال « لجاء رجل فقال : يا رسول الله ، لم أشعر خلقت قبل أن اذبح — وذكر الحديث — قال : فاستمعت يسأل يومئذ عن أمر مما ينسى المرء أو يجهل من تقديم بعض الأمور على بعضها وأشبابها إلا قال : افعلوا ولا حرج عليكم ، رواه مسلم .

وعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه قيل له يوم النحر وهو بمنى في النحر والحلق والرمي والتقديم والتأخير فقال : لا حرج ، متفق عليه ، ورواه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عيسى ابن طلحة عن عبد الله بن عمر : وفيه « خلقت قبل أن أرمي ، وتابعه على ذلك محمد بن أبي حفصة عن الزهري عن عيسى عن عبد الله بن عمر قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم - وأتاه رجل - فقال : يا رسول الله . إني خلقت قبل أن أرمي ؟ قال . ارم ولا حرج ، قال وأتاه آخر . فقال : إني أفضت قبل أن أرمي ؟ قال ارم ولا حرج ، وعن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل يوم النحر عن رجل حلق قبل أن يرمي ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا حرج لا حرج ، رواه الدارقطني كله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبع ، على أنه لا يلزم من سقوط الدم بفقد الشيء في وقته سقوطه قبل وقته فإنه لو حلق في العمرة بعد السعي لا شيء عليه ، وإن كان الحل ما حصل قبله ، وكذلك في مسألتنا إذا قلنا . إن الحل يحصل بالحلق فقد حلق قبل التحلل ولا دم عليه . فأما إن فعله عمداً عالماً بمخالفة السنة في ذلك ففيه روايتان :

إحداهما : لا دم عليه ، وهو قول عطاء وإسحاق ، لإطلاق حديث ابن عباس وكذلك حديث عبد الله بن عمرو من رواية سفيان بن عيينة .

والثانية : عليه دم ، روى نحو ذلك عن سعيد بن جبير وجابر بن زيد وقتادة والنخعي ، لأن الله تعالى قال (ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله) ولأن النبي (ص) رتب وقال « خذوا عني مناسككم » والحديث المطلق قد جاء مقيداً ،

فيحمل المطلق على المقيد : قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل حلق قبل أن يذبح . فقال : إن كان جاهلا فليس عليه ، فأما التعمد فلا . لأن النبي (ص) سأل رجل فقال : لم أشعر . قيل لأبي عبد الله سفيان بن عيينة لا يقول : لم أشعر ، فقال . نعم . ولكن مالك والناس عن الزهري ، لم أشعر . قيل لأبي عبد الله . وهو في الحديث ، وقال مالك . إن قدم الحلق على الرمي فعليه دم ، وإن قدمه على النحر أو النحر على الرمي فلا شيء عليه لانه بالاجماع ممنوع من حلق شعره قبل التحلل الاول ولا يحصل إلا برمي الجفرة ، فأما النحر قبل الرمي لجائز لان الهدى قد بلغ محله . ولنا الحديث فإنه لم يفرق بينهما ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قيل له في الحلق والنحر والتقديم والتأخير فقال : لا حرج . ولا نعلم خلافا بينهم في أن مخالفة الترتيب لا تخرج هذه الافعال عن الاجزاء ولا يمنع وقوعها موقعها ، وإنما اختلفوا في وجوب الدم على ما ذكرنا ، والله أعلم .

(فصل : فإن قدم الإفاضة على الرمي أجزاء طوافه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك . لا تجزئه الإفاضة فليرم ثم لينحرم ثم ليفض .

ولنا ما روى عطاء . أن النبي (ص) قال له رجل . أفضت قبل أن أرمي . قال . ارم ولا حرج . وعنه أن النبي (ص) قال . من قدم شيئا قبل شيء فلا حرج ، رواهما سعيد في سننه ، وروى عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، أن النبي (ص) أتاه آخر . فقال . إني أفضت إلى البيت قبل أن أرمي . فقال . ارم ولا حرج ، فما سئل رسول الله (ص) عن شيء قدم أو أخر إلا قال . افعل ولا حرج ، رواه أبو داود والنسائي والأثرم في سننه ، ولانه أتى بالرمي في وقته ، فأجزأه كما لو رتب ، ومقتضى كلام أصحابنا ، انه يحصل له بالإفاضة قبل الرمي التحلل الاول ، كمن رمى ولم يفيض ، فعلى هذا لو واقع أهله قبل الرمي فعليه دم ولم يفسد حججه ، وكذلك قال الاوزاعي . فإن رجع إلى أهله ولم يرم فعليه دم ترك الرمي ، وحججه صحيح ، قال ابن عباس . من نسى أو ترك شيئا من نسكه فليهرق لذلك دما ، وقال عطاء . من نسى من النسك شيئا حتى رجع إلى أهله فليهرق لذلك دما .

« مسألة » (ثم يرجع إلى منى ، ولا يبيت بمكة ليلا إلى منى)

السنة لمن أفاض يوم النحر . أن يرجع إلى منى ، لما روى ابن عمر . أن النبي

صلى الله عليه وسلم أفاض يوم النحر ، ثم رجع فصلى الظهر بنى ، متفق عليه .
وقالت عائشة رضی الله عنها : أفاض رسول الله صلى الله عليه وسلم من آخر يومه
حين صلى الظهر . ثم رجع إلى منى ، فمكث بها ليالى أيام التشريق ، رواه أبو داود
وظاهر كلام الحرقى : أن المبيت بنى ليالى منى واجب ، وهو إحدى الروايتين
عن أحمد ، وقال ابن عباس : لا يبيتن أحد من وراء العقبة من منى ليلا ، وهو قول
عروة وإبراهيم ومجاهد وعطاء ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضی الله عنه ،
وهو قول مالك والشافعى .

والثانية : ليس بواجب ، روى ذلك عن الحسن ، وروى عن ابن عباس : إذا
رमित الجرة فبت حيث شئت ، ولأنه قد حل من حجه ، فلم يجب عليه المبيت
بموضع معين كليلة الحصبه ، والرواية الأولى أصح ، ولأن ابن عمر روى : أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للعباس بن عبد المطلب أن يبيت بمكة ليالى
منى من أجل سقايته ، متفق عليه ، وتخصيص العباس بالرخصة لعذره دليل على أنه
لا رخصة لغيره ، وعن ابن عباس قال : لم يرخص النبي صلى الله عليه وسلم لأحد
يبيت بمكة إلا العباس من أجل سقايته ، رواه ابن ماجه ، وروى الأثرم عن
ابن عمر قال : لا يبيتن أحد من الحاج إلا بنى ، وكان يعيش رجالا لا يدعون أحدا
يبيت وراء العقبة ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم فعله نسكا ، وقد قال : « خذوا
عنى مناسككم » .

(فصل) فإن ترك المبيت بنى ، فعن أحمد : لا شيء عليه ، وقد أساء ، وهو
قول أصحاب الرأى ، لأن الشرع لم يرد فيه شيء ، وعنه يطعم شيئا وخففه ، ثم
قال : قد قال بعضهم : ليس عليه . وقال إبراهيم . عليه دم ، وضحك ثم قال : دم
بئرة ، ثم شدد بئرة ، قلت : ليس إلا أن يطعم شيئا . قال : نعم يطعم شيئا تمرا
أو نخود ، فعلى هذا أى شيء تصدق به أجزأه ، ولا فرق بين ليلة وأكثر ، ولا تقدير
فيه ، وعنه . فى الليالى الثلاث دم . لقول ابن عباس : من ترك من نسكه شيئا
أو نسبه فليهرق دما ، وفيما دون الثلاث ثلاث روايات وهو قول الشافعى :
[أحدها . فى كل واحدة مد ، والثانية . درهم . والثالثة . نصف درهم] (١) وهذا

(١) ما بين المربعين زدناه من الشرح الكبير ، لأن الكلام لا يتم إلا به .

لا نظير له ، فإننا لا نعلم في ترك شيء من المناسك درهما ، ولا نصف درهم ، فإيجابه
بغير نص تحكم لا وجه له ، والله أعلم .

« مسألة ، قال (فإذا كان من الغد وزالت الشمس رمى الجمرة الأولى بسبع
حصيات ، يكبر مع كل حصاة ، ويقف عندها ، ويرمى ويدعو ، ثم يرمى الوسطى
بسبع حصيات ، ويكبر أيضا ويدعو ، ثم يرمى جرة العقبة بسبع حصيات ،
ولا يقف عندها)

قد ذكرنا أن جملة ما يرمى به الحاج سبعون حصاة ؛ سبعة منها يرميها يوم
النحر بعد طلوع الشمس ، وسائرهما في أيام التشريق الثلاثة بعد زوال الشمس ،
كل يوم إحدى وعشرين حصاة ، لثلاث جمرات . يتتبع بالجمرة الأولى . وهي
أبعد الجمرات من مكة ، وتلى مسجد الحيف ، فيجعلها عن يساره ويستقبل القبلة
ويرميها بسبع حصيات رافعا يديه ، ثم يتقدم الى الوسطى فيجعلها عن يمينه ،
ويستقبل القبلة ويرميها بسبع حصيات ويفعل من الوقوف والدعاء كما فعل في الأولى
ثم يرمى جرة العقبة بسبع حصيات ويستبطن الوادي . ويستقبل القبلة ، ولا يقف
عندها ، وبهذا قال الشافعي ، ولا نعلم في جميع ما ذكرنا خلافا ، الا أن مالكا
قال . ليس بموضع لرفع اليدين ، وقد ذكرنا الخلاف فيه عند رؤية البيت ، وقال
الاثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل أبقوم الرجل عند الجمرتين اذا رمى ؟ قال . أى
لعمري شديداً ، ويطيل القيام أيضا . قيل . فإلى أين يتوجه في قيامه ؟ قال الى
القبلة ، ويرميها في بطن الوادي .

والاصل في هذا . ما روت عائشة قالت « أفاض رسول الله (ص) من آخر
يومه حين صلى الظهر . ثم رجع الى منى . فكث بها ليالى أيام التشريق يرمى الجمرة
اذا زالت الشمس ، كل جمرة بسبع حصيات ، يكبر مع كل حصاة ، ويقف عند
الأولى والثانية ، فيطيل القيام ويتضرع . ويرمى الثالثة ولا يقف عندها ، رواه
أبو داود ، وعن ابن عمر « أنه كان يرمى الجمرة بسبع حصيات ؛ يكبر على إثر
كل حصاة ، ثم يتقدم ويستهل ويقوم قياما طويلا ويرفع يديه ثم يرمى الوسطى ،
ثم يأخذ بذات الشمال فيستهل ، ويقوم مستقبلا القبلة قياما طويلا . ثم ينصرف .

ويقول . هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله ، رواه البخاري ، وروى أبو داود ، أن ابن عمر كان يدعو بدعائه الذي دعى به بعرفة : ويزيد : وأصلح وأتم لنا مناسكتنا .

وقال ابن المنذر : كان ابن عمر وابن مسعود يقولان عند الرمي : اللهم اجعله حجاً مبروراً وذنباً مغفوراً ، وكان ابن عمر وابن عباس يرفعان أيديهما إذا رميا الجمرة ، ويطلقان الوقوف ، وروى عن عبد الرحمن بن زيد قال : أفضت مع عبد الله فرمى بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة واستبطن الودى ، حتى إذا فرغ قال : اللهم اجعله حجاً مبروراً وذنباً مغفوراً ، ثم قال : هكذا رأيت الذي أنزلت عليه سورة البقرة صنع ، رواه الأثرم ، وعن عطاء قال : كان ابن عمر يقوم عند الجمرتين مقدار ما يقرأ الرجل سورة البقرة ، رواه الأثرم .

فصل

ولا يرمى في أيام التشريق إلا بعد الزوال ، فإن رمى قبل الزوال أعاد ، نص عليه ، وروى ذلك عن ابن عمر ، وبه قال مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وروى عن الحسن وعطاء ، إلا أن إسحاق وأصحاب الرأي رخصوا في الرمي يوم النحر قبل الزوال ، ولا ينفر إلا بعد الزوال . وعن أحمد مثله : ورخص عكرمة في ذلك أيضاً ، وقال طاوس : يرمى قبل الزوال وينقر قبله ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما رمى بعد الزوال ، لقول عائشة : يرمى الجمرة إذا زالت الشمس ، وقول جابر في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمى الجمرة ضحى يوم النحر ، ورمى بعد ذلك بعد زوال الشمس ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : خذوا عني مناسككم ، وقال ابن عمر : كنا نتحين إذا زالت الشمس رمينا ، وأى وقت رمى بعد الزوال أجراه إلا أن المستحب المبادرة إليها حين الزوال ، كما قال ابن عمر ، وقال ابن عباس : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرمى الجمار إذا زالت الشمس قدر ما إذا فرغ من رميه صلى الظهر ، رواه ابن ماجه .

(فصل) والترتيب في هذه الجمرات واجب على ما ذكرنا ، فإن نكس فبدأ بجمرة العقبة ثم الثانية ثم الأولى ، أو بدأ بالوسطى ورمى الثلاث ، لم يجره إلا الأولى

وأعاد الوسطى والقصوى، نص عليه أحمد، وإن رمى القصور ثم الأولى ثم الوسطى
أعاد القصوى وحدها، وبهذا قال مالك والشافعى .

وقال الحسن وعطاء : لا يجب الترتيب ، وهو قول ابن حنيفة ، فإنه قال إذا
رمى منكساً بعيد ، فإن لم يفعل أجزأه ، واحتج بعضهم بما روى عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه قال « من قدم نسكا بين يدي نسك فلا حرج » ، ولأنها مناسك
متكررة فى أمكنة متفرقة فى وقت واحد ليس بعضها تابعا لبعض ، فلم يشترط
الترتيب فيها كالرمى والذبح .

ولنا أن النبي (ص) رتبها فى الرمي وقال « خذوا عني مناسككم » ، ولأنه نسك
متكرر فاشتراط الترتيب فيه كالسعى ، وحديثهم إنما جاء فيمن يقدم نسكا على
نسك لا فى تقديم بعض النسك على بعض ، وقياسهم يطل بالطواف والسعى .

(فصل)

وإن ترك الوقوف عندها والدعاء ترك السنة ، ولا شيء عليه ، وبذلك قال
الشافعى وأبو حنيفة وإسحاق وأبو ثور ، ولا نعلم فيه مخالفا ، إلا الثورى قال :
يطعم شيئا ، وإن أراق دما أحب إلى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعله :
فيكون نسكا .

ولنا أنه دعاء وقوف مشروع له ، فلم يجب بتركه شيء ، كحالة رؤية البيت
وكسائر الأدعية ، ولأنها إحدى الجهرات ، فلم يجب الوقوف عندها والدعاء
كالأولى ، والنبي صلى الله عليه وسلم يفعل الواجبات والمندوبات ، وقد ذكرنا
الدليل على أن هذا نيب .

(فصل) والأولى أن لا ينقص فى الرمي عن سبع حصيات ، لأن النبي صلى
الله عليه وسلم رمى بسبع حصيات ، فإن نقص حصاة أو حصاتين فلا بأس ،
ولا ينقص أكثر من ذلك ، نص عليه ، وهو قول مجاهد وإسحاق : وعنه أن
رمى بست ناسيا فلا شيء عليه ، ولا ينبغي أن يتعمده ، فإن تعمد ذلك تصدق
بشيء ، وكان ابن عمر يقول « ما أبالي رميت بست أو سبع » ، وقال ابن عباس
« ما أدرى رماها النبي صلى الله عليه وسلم بست أو سبع » ، وعن أحمد . أن عدد
السبع شرط ونسبه إلى مذهب الشافعى وأصحاب الرأى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم

رمى بسبع ، وقال أبو حية : لا بأس بما رمى به الرجل من الحصى ، فقال عبد الله ابن عمرو : صدق أبو حية ، وكان أبو حية يدريا .

ووجه الرواية الأولى . مارون ابن أبي نجيح قال : سئل طاوس عن رجل ترك حصة ؟ قال : يتصدق بتمرة أو لقمة . فذكرت ذلك لمجاهد ، فقال : ان أبا عبد الرحمن لم يسمع قول سعد ، قال سعد : رجعتنا من الحججة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم . بعضنا يقول : رميت بست ، وبعضنا يقول : بسبع ، فلم يعب ذلك بعضنا على بعض ، رواه الأثرم وغيره ، ومتى أخل بحصة واجبة من الأولى لم يصح رمى الثانية حتى يكمل الأولى ، فإن لم يدر من أى الجمار تركها بنى على اليقين وان أخل بحصة غير واجبة لم يؤثر تركها .

مسألة ، قال (ويفعل في اليوم الثاني كما يفعل بالأمس ، فإن أحب أن يتعجل في يومين خرج قبل غروب الشمس ، فإن غربت الشمس وهو بها ، لم يخرج حتى يرمى من غد بعد الزوال ، كما رمى بالأمس

وجملته : أن الرمي في اليوم الثاني كالرمي في اليوم الأول في وقته وصفته وهيئته . ولا نعلم فيه خلافا ، فإن أحب التعجل في يومين خرج قبل الغروب ، وأجمع أهل العلم على أن من أراد الخروج من منى شاخصا عن الحرم غير مقيم بمكة أن ينفر بعد الزوال في اليوم الثاني من أيام التشريق ، فإن أحب الإقامة بمكة فقال أحمد : لا يعجبني لمن ينفر النفر الأول أن يقيم بمكة ، وكان مالك يقول في أهل مكة : من كان له عذر فله أن يتعجل في يومين ، فإن أراد التخفيف عن نفسه من أمر الحج فلا ، ويحتاج من ذهب الى هذا بقول عمر (رض) : من شاء من الناس كلهم أن ينفر في النفر الأول الآل خزيمة فلا ينفرون الا في النفر الآخر ، جعل أحمد واستحقاق معنى قول عمر : الآل خزيمة ، أى أنهم أهل حرم مكة .

والمذهب : جواز النفر في النفر الأول لكل أحد ، وهو قول عامة العلماء لقول الله تعالى (٢ : ٢٠٥) فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ، ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى قال عطاء : هى للناس عامة ، وروى أبو داود وابن ماجه عن عبد الرحمن بن يعمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيام منى ثلاثة ، فمن

تعجل في يومين فلا اثم عليه ، ومن تأخر فلا اثم عليه ، قال ابن عيينة هذا أجود حديث رواه سفیان ، وقال وكيع هذا الحديث أم المناسك ، وفيه زيادة أنا اختصرته ولأنه دفع من مكان فاستوى فيه أهل مكة وغيرهم ، كالدفع من عرفة ومن مزدلفة وكلام أحمد في هذا أراد به الاستحباب ، موافقة لقول عمر لا غير ، فمن أحب التعجيل في النفر الاول خرج قبل غروب الشمس ، فان غربت قبل خروجه من منى لم ينفر ، سواء كان ارتحل أو كان مقيما في منزله لم يحز له الخروج ، هذا قول عمر وجابر بن زيد وعطاء وطاوس ومجاهد وأبان بن عثمان ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة : له أن ينفر ما لم يطلع فجر اليوم الثالث ، لأنه لم يدخل اليوم الآخر ، لحاز له النفر كما قبل الغروب .

ولنا قوله تعالى (فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه) واليوم اسم للنهار : فمن أدركه الليل فما تعجل في يومين ، قال ابن المنذر . وثبت عن عمر أنه قال « من أدركه المساء في اليوم الثاني فليقم الى الغد حتى ينفر مع الناس » ، وما قاسوا عليه لا يشبه ما نحن فيه ، فانه تعجل في اليومين .

(فصل) اذا أخرج رمي يوم الى ما بعده أو أخر الرمي كله الى آخر أيام التشريق ترك السنة ، ولا شيء عليه الا أنه يقدم بالتيه رمي اليوم الاول ثم الثاني ثم الثالث ، وبذلك قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : ان ترك حصاة أو حصاتين أو ثلاثا الى الغد رماها وعليه كل حصاة نصف صاع ، وان ترك أربعاً رماها وعليه دم .

ولنا أن أيام التشريق وقت للرمي ، فاذا أخره من أول وقته الى آخره لم يلزمه شيء ، كما لو أخر الوقوف يعرفه الى آخر وقته ، ولائنه وقت يجوز الرمي فيه ، لحاز لغيرهم كالיום الاول ، قال القاضي : ولا يكون رميه في اليوم الثاني قضاء ، لانه وقت واحد ؛ وان كان قضاء فالمراد به الفعل كقوله (٢٢ : ٢٩) ليقضوا تفهيم) وقولهم . قضيت الدين ، والحكم في رمي حجرة العقبة اذا أخرها : كالحكم في رمي أيام التشريق في أنها اذا لم ترم يوم النحر رميت من الغد ، وانما قلنا يلزمه الترتيب بنية ، لانها عبادات يجب الترتيب فيها مع فعلها في أيامها ، فوجب ترتيبها بمجموعة كالصلاتين المجموعتين والفرائض .

« مسألة » قال (ويستحب أن لا يدع الصلاة في مسجد منى مع الإمام)

يعنى مسجد الحيف ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه كانوا يصلون بمنى قال ابن مسعود « صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم بمنى ركعتين ، ومع أبي بكر وعمر وعثمان ركعتين صدر آمن إمارته » وهذا إذا كان الإمام مرضيا ، فإن لم يكن مرضيا صلى المرء برفقته في رحله .

(فصل)

ويستحب أن يخطب الإمام في اليوم الثاني من أيام التشريق خطبة يعلم الناس فيها حكم التعجيل والتأخير وتوديعهم ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة : لا يستحب قياسا على اليومين الآخرين

ولنا ما روى عن رجلين من بنى بكر قال « رأينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب بين أوساط أيام التشريق ونحن عند راحلته » رواه أبو داود . وعن سراء بنت نبهان قالت « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الرموس فقال : أى يوم هذا ؟ قلت الله ورسوله أعلم . قال : أليس أوسط أيام التشريق ؟ »

روى الدارقطني بإسناده عن عبد العزيز بن الربيع بن سبرة عن أبيه عن جده . « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب أوسط أيام التشريق ، يعنى يوم النفر الأول » ولأن بالناس حاجة الى أن يعلمهم : كيف يتعجلون وكيف يودعون ؟ بخلاف اليوم الأول .

« مسألة » قال (ويكبر في دبر كل صلاة ، من صلاة الظهر يوم النحر الى آخر أيام التشريق)

إنما خص المحرم بالتكبير من يوم النحر ظهراً : لأنه قبل ذلك مشغول بالتلبية فلا يقطعها إلا عند رمى جرة العقبة ، كما بيناه فيما قبل ؛ وليس بعدهما صلاة قبل الظهر ، فيكبر حينئذ بعدها كالحل ، ويستوى هو والحلال في آخر مدة التكبير ، وصفة التكبير ما ذكرنا في صلاة العيد ، وهو أن يقول **الله أكبر** الله أكبر لا إله الا الله ، والله أكبر والله الحمد ،

فصل

قال بعض أصحابنا : يستحب لمن نذر أن يأتي المحصب . وهو الأبطح ، وحده ما بين الجبلين إلى المقبرة ، فيصلي به الظهر والعصر والمغرب والعشاء ، ثم يضطجع يسيراً ثم يدخل مكة ، وكان ابن عمر يرى التحصيب سنة . قال ابن عمر : يصلي بالمحصب الظهر والعصر والمغرب والعشاء ، وكان كثير الاتباع لرسول الله (ص) وكان طاوس يحصب في شعب الجور ، وكان سعيد بن جبير يفعله ثم تركه . وكان ابن عباس وعائشة لا يريان ذلك سنة

قال ابن عباس : التحصيب ليس بشيء ، إنما هو منزل نزله رسول الله (ص) وعن عائشة : أن نزول الأبطح ليس بسنة : إنما نزله رسول الله (ص) ليكون أسمع لخروجه إذا خرج ، متفق عليهما ، ومن استحب ذلك فلا اتباع رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه كان ينزله .

قال نافع : كان ابن عمر يصلي بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء ويهجع هجعة ويذكر ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متفق عليه . وقال ابن عمر : كان رسول الله (ص) وأبو بكر وعثمان ينزلون الأبطح ، قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب ، ولا خلاف في أنه ليس بواجب ولا شيء على تاركه

ومسألة ، قال (فإذا أتى مكة لم يخرج حتى يودع البيت ، يطوف به سبعا ، ويصلي ركعتين إذا فرغ من جميع أموره ، حتى يكون آخر عهده بالبيت .

وجلة ذلك أن من أتى مكة لا يخلو إما أن يريد الإقامة بها أو الخروج منها ، فإن أقام بها فلا وداع عليه ، لأن الوداع من المفارق لا من الملازم ، سواء نوى الإقامة قبل النفر أو بعده ، وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة : إن نوى الإقامة بعد أن حل له النفر لم يستطع عنه الطواف ولا يصح لأنه غير مفارق فلا يلزمه وداع ، كمن نواها قبل حل النفر ، وإنما قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت » وهذا ليس بنافر ، فأما الخارج من مكة فليس له أن يخرج حتى يودع البيت بطواف سبع ،

وهو واجب من تركه لزمه دم . وبذلك قال الحسن والحكم رحمادو الثوري وإسحاق وأبو ثور . وقال الشافعي في قول له : لا يئيب تركه شيء ، لأنه يسقط عن الحائض فلم يكن واجبا كطواف القدوم ، ولأنه كتحية البيت أشبه طواف القدوم .

ولنا ما روى ابن عباس قال : أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت ، إلا أنه خفف عن المرأة الحائض ، متفق عليه . ولمسلم قال : كان الناس ينصرفون كل وجه فقال رسول الله (ص) : لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت ، وليس في سقوطه عن المعذور ما يجوز سقوطه لغيره ، كالصلاة تسقط عن الحائض وتجب على غيرها : بل تخصيص الحائض بإسقاطها عنها دليل على وجوبه على غيرها ، إذ لو كان ساقطا عن الكل لم يكن لتخصيصها بذلك معنى

وإذا ثبت وجوبه فإنه ليس بركن بغير خلاف . وبذلك سقط عن الحائض ولم يسقط طواف الزيارة ، وسمى طواف الوداع ، لأنه لتوديع البيت وطواف الصدر لأنه عند صدور الناس من مكة . ووقته بعد فراق المرأة من جميع أمورها ، ليكون آخر عهده بالبيت على ما جرت به العادة في توديع المسافر إخوانه وأهله ولذلك قال النبي (ص) : « حتى يكون آخر عهده بالبيت »

(فصل)

ومن كان منزله في الحرم فهو كالملك لا وداع عليه : ومن كان منزله خارج الحرم قريبا منه ، فظاهر كلام الحرق أنه لا يخرج حتى يودع البيت ، وهذا قول أبي ثور ، وقياس قول مالك ذكره ابن القاسم . وقال أصحاب الرأي في أهل بستان ابن عامر وأهل المواقيت : أنهم بمنزلة أهل مكة في طواف الوداع لأنهم معدودون من حاضري المسجد الحرام ، بدليل سقوط دم المتعة عنهم

ولنا عموم قوله (ص) : « لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت » ، ولأنه خارج من مكة فليزمه التوديع كالبعيد :

(فصل) فإن آخر طواف الزيارة فطائفه عند الخروج فقيه روايتان : إحداهما يجوز منه عن طواف الوداع لأنه أمر أن يكون آخر عهده بالبيت وقد

فعل ، ولأن ما شرع لتحية المسجد أجزاء عنه الواجب من جنسه كتحية المسجد
بركعتين تجزئ. عنهما المكتوبة ^(١)
وعنه لا يجزئه عن طواف الوداع لأنهما عبادتان واجبتان ، فلم تجز إحداهما
عن الأخرى كالصلاتين الواجبتين

« مسألة ، قال ﴿ فإن ودع واشتغل في تجارة عاد فودع ﴾

قد ذكرنا أن طواف الوداع إنما يكون عند خروجه ليكون آخر عهده
باليث ، فإن طاف للوداع ثم اشتغل بتجارة أو إقامة فعلية إعادته ، وبهذا قال
عطاء ومالك والثوري والشافعي وأبو ثور . وقال أصحاب الرأي : إذا طاف
للوداع أو طاف تطوعاً بعدما حل له النفر أجزأه عن طواف الوداع ، وإن قام
شهرأ أو أكثر لأنه طاف بعدما حل له النفر فلم يلزمه إعادته كما لو نفر عقيب
ولنا قوله عليه السلام « لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده باليث » ، ولأنه
إذا قام بعده خرج عن أن يكون وداعاً في العادة فلم يجزه ، كما لو طافه قبل حل
النفر ، فأما إن قضى حاجة في طريقه أو اشترى زاداً أو شرباً لنفسه في طريقه
لم يعده ، لأن ذلك ليس بإقامة تخرج طوافه عن أن يكون آخر عهده باليث ،
وبهذا قال مالك والشافعي . ولا نعلم مخالفاً لهما

« مسألة ، قال ﴿ فإن خرج قبل الوداع رجع ان كان بالقرب ، وان بعد

بعث بهم ﴾

هذا قول عطاء والثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور ، والقريب هو الذي
بينه وبين مكة دون مسافة القصر ، والبعيد من يبلغ مسافة القصر ، نص عليه أحمد
وهو قول الشافعي . وكان عطاء يرى الطائف قريباً . وقال الثوري . حد ذلك
الحرم ، فمن كان في الحرم فهو قريب ، ومن خرج منه فهو بعيد
ووجه القول الأول أن من دون مسافة القصر في حكم الحاضر في أنه لا يقصر
ولا يفطر ، ولذلك عددناه من حاضري المسجد الحرام ، وقد روى أن عمر

و رد رجلا من مر الى مكة ليكون آخر عهده بالبيت ، رواه سعيد ، وان لم يمكنه الرجوع لعذر فهو كالبعيد ، ولو لم يرجع القريب الذي يمكنه الرجوع لم يكن عليه أكثر من دم ، ولا فرق بين تركه عمداً أو خطأ لعذر أو غيره لأنه من واجبات الحج فاستوى عمدته وخطؤه والمعذور وغيره كسائر واجباته

فإن رجع البعيد فطاف للوداع فقال القاضي لا يسقط عنه الدم لأنه قد استقر عليه الدم ببلوغه مسافة القصر فلم تسقط برجوعه ، كمن تجاوز الميقات غير محرم فأحرم دونه ثم رجع اليه ، وإن رجع القريب فطاف فلا دم عليه ، سواء كان ممن له عذر يسقط عنه الرجوع أو لا ، لأن الدم لم يستقر عليه لكونه في حكم الحاضر ويحتمل سقوط الدم عن البعيد برجوعه لأنه واجب أتى به فلم يجب عليه بدله كالقريب

(فصل)

إذا رجع البعيد فينبغي أن لا يجوز له تجاوز الميقات ان كان جاوزه إلا محرماً لأنه ليس من أهل الاعذار فيلزمه طواف لإحرامه بالعمرة والسعي وطواف لوداعه ، وفي سقوط الدم عنه ما ذكرنا من الخلاف ، وإن كان دون الميقات أحرم من موضعه . فأما ان رجع القريب فظاهر قول من ذكرنا قوله : أنه لا يلزمه إحرام ، لأنه رجع لإتمام نسك مأمور به ، فأشبهه من رجع لطواف الزيارة : فإن ودع وخرج ثم دخل مكة لحاجة ، فقال أحمد أحب الى ألا يدخل الا محرماً : وأحب الى اذا خرج أن يودع البيت بالطواف ، وهذا لأنه لم يدخل لإتمام النسك انما دخل لحاجة غير متكررة ، فأشبهه من يدخلها للإقامة بها

« مسألة ، قال (والمرأة اذا حاضت قبل أن تودع خرجت ولا وداع عليها ولا فدية) »

هذا قول عامة فقهاء الامصار ، وقد روى عن عمر وابنه « أنها أمرت الحائض بالمقام لطواف الوداع ، وكان زيد بن ثابت يقول به ثم رجع عنه ، فروى مسلم أن زيد بن ثابت خالف ابن عباس في هذا . قال طاووس « كنت مع ابن عباس اذا قال : زيد بن ثابت يقضى : أن لا تصدر الحائض قبل أن يكون آخر عهدها بالبيت فقال له ابن عباس : أما لا تسأل فلانة الانصارية هل أمرها رسول الله (ص)

ذلك؟ قال : فرجع زيد إلى ابن عباس يضحك ، وهو يقول : ما أراك إلا قد صدقت ، وروى عن ابن عمر : أنه رجع إلى قول الجماعة أيضاً ، وقد ثبت التخفيف عن الحائض بحديث صفيه حين قالوا : يا رسول الله إنها حائض ، فقال : أحاسنتا هي ؟ قالوا : يا رسول الله ، إنها قد أفاضت يوم النحر ، قال : فلتنفر إذاً ولا أمرها بفدية ولا غيرها ، وفي حديث ابن عباس : إلا أنه خفف عن المرأة الحائض ، والحكم في النساء كالحكم في الحائض ، لأن أحكام النفاس أحكام الحيض فيما يوجب ويسقط .

(فصل) وإذا فرت الحائض بغير وداع فطهرت قبل مفارقة البنيان رجعت فاغتسلت وودعت ، لأنها في حكم الإقامة بدليل أنها لا تستباح الرخص فإن لم يكن الإقامة فحضت أو مضت لنهر عذر فعليها دم ، وإن فارقت البنيان لم يجب الرجوع إذا كانت قرية كالخارج من غير عذر : قلنا : هناك ترك واجباً فلم يسقط بخروجه حتى يصير إلى مسافة القصر لأنه يكون إنشاء سفر طويل غير الأول ، وهاهنا لم يكن واجباً ، ولا يثبت وجوبه ابتداء إلا في حق من كان مقيماً .

(فصل)

ويستحب أن يقف المودع في الملتزم ، وهو ما بين الركن والباب فيلتزمه يلصق به صدره ووجهه ويدعو الله عز وجل ، لما روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : طفت مع عبد الله ، فلما جاء دبر الكعبة قلت ألا تنعوذ ؟ قال : نعوذ بالله من النار . ثم مضى حتى استلم الحجر فقام بين الركن والباب : فوضع صدره ووجهه وذراعيه وكفيه هكذا — وسطها بسطاً — وقال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله .

وعن عبد الرحمن بن سفيان قال : لما فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة انطلقت فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خرج من الكعبة هو وأصحابه قد استلموا الركن من الباب إلى الحطيم ووضعوا خدودهم على البيت ورسول الله صلى الله عليه وسلم وسطهم ، رواه أبو داود ، وقال منصور : سألت مجاهداً إذا أردت الوداع كيف أصنع ؟ قال تطوف بالبيت سبعاً ، وتصلي ركعتين خلف المقام ثم تأتي زمزم فتشرب من مائها ثم تأتي الملتزم ما بين الحجر والباب فتستلمه ثم تدعو

ثم تسأل حاجتك ثم تستلم الحجر وتصرف ، قال بعض أصحابنا . ويقول في دعائه
 اللهم هذا بيتك وأنا عبدك وابن عبدك خلقتني على ما سخرت لي من خلقك وسيرتني
 في بلادك حتى بلغتني بنعمتك إلى بيتك وأعنتني على أداء نسكي فإن كنت راضيت
 عني فأزدد عني رضاك إلا أن الآن قبل أن تنال عن بيتك دار . فهذا أوان انصرفي
 إن أذنت لي غير مستبد بك ولا يبيتك ، ولا راغب عنك ولا عن بيتك ، اللهم
 فأحسبني العافية في نفي والصحة في جسمي والعصمة في ديني وأحسن منقلي ،
 وارزقني طاعتك أبدا ما أبقيتني واجمع لي بين خيري الدنيا والآخرة انك على
 كل شيء قدير .

وعن طاوس قال . رأيت أعرابيا أتى الملتزم فتعلق بأستار الكعبة فقال . بك
 أعوذ ، وبك ألوذ . اللهم فأجعل لي في اللهم إلى جودك والرضا بضعانك مندوحا
 عن منع الباخلين ، وغنى عما في أيدي المستأثرين . اللهم فبرجك القريب . ومعروفك
 القديم . وعادتك الحسنة . ثم أضلني في الناس فلقيتهم بعرفات قائما وهو يقول :
 اللهم إن كنت لم تقبل حجتي وتعني نصبي فلا تعرضني أجر المصاب على مصيبيته ،
 فلا أعلم أعظم مصيبة من ورد حوضك وانصرف عروما من وجه رغبتك .
 وقال آخر . يا خير موفود إليه ، قد ضعفت قبرا . وذهبت مني . وأتيت إليك
 بآثوب لا تغسلها البحار . أستجير . ضاكا من سخطك . وبعذوك من عقوبتك ،
 رب ارحم من شملته الخطايا وغمرت الذنوب . وظهرت منه العيوب ارحم أسير
 ضربه طريق فقر ، أسألك أن تب لي عظيم جرهي يا مستزادا من نعمه ومستعازا
 من نقمه ، ارحم سموات عزين دكاك يذير وشيق ، اللهم إن كنت بسطت إليك
 يد . داعيا ، طالما تفينني ساديا ، فبنعمتك التي تظاهرت على عند الغفلة لا آياس
 منها عند التوبة . فلا تنقطع رجائي منك لما قدمت من اقتراف . وهب لي الإصلاح
 في الواد والأمن في البلد والعافية في الجسد انك سمع مجيب . اللهم إن لك على
 حقوقا فتصدق بها علي . والناس قبل تبعات تتحملها عني . وقد أوجبت لكل
 ضيف قرى وأنا ضيفك الليلة فأجعل قرأ الجنة . اللهم إن ساءلك عند بابك
 من ذهبت أيامه وبقيت آثامه وانقطعت شهوته وبقيت تبعته . فارض عنه .
 وإن لم ترض عنه فأعف عنه . فقد يعفو السيد عن عبده وهو عنه غير راض

ثم يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ، والمرأة إذا كانت حائضا لم تدخل المسجد ووقفت على بابه فدعت بذلك .

(فصل) قال أحمد . إذا ودع البيت يقوم عند الباب إذا خرج ويدعو ، فإذا ولى لا يقف ولا يلتفت وإن التفت رجع فودع ، وروى حنبل في مناسكه عن المهاجرة قال . قلت لجابر بن عبد الله ، الرجل يطوف بالبيت ويصلي ، فإذا أنصرف خرج ثم استقبل القبلة فقام ؟ فقال . ما كنت أحسب يصنع هذا اليهود والنصارى ، قال أبو عبد الله . أكره ذلك ، وقول أبي عبد الله . إن التفت رجع فودع على سبيل الاستحباب ، إذ لا نعلم لإيجاب ذلك عليه دليلا ، وقد قال مجاهد . إذا كدت تخرج عن باب المسجد فالتفت ثم انظر إلى الكعبة ثم قل . اللهم لا تجعله آخر العهد .

« مسألة ، قال (ومن ترك طواف الزيارة رجع من بلده حراما حتى يطوف بالبيت) »

وجملة ذلك أن طواف الزيارة ركن الحج لا يتم إلا به ، ولا يحل من إحرامه حتى يفعله ، فإن رجع إلى بلده قبله لم ينفك إحرامه ورجع متى أمكنه محرما لا يجزئه غير ذلك ؛ وبذلك قال عطاء والثوري ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال الحسن . يحج من العام المقبل وحكى نحو ذلك عن عطاء قولاً ثانياً ، وقال . يأتي عاما قابلا من حج أو عمرة .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم حين ذكر له أن صفة حاضت قال « أحابستناهي ؟ قيل ، أنها قد أفاضت يوم النحر قال : فلتنفر إذا ، يدل على أن هذا الطواف لا بد منه ، وأنه حابس لمن لم يأت به ، فإن نوى التحلل ورفض إحرامه لم يحل بذلك ، لأن الإحرام لا يخرج منه بنية الخروج ، ومتى رجع إلى مكة فطاف بالبيت حل بطوافه ، لأن الطواف لا يفوت وقته على ما أسلفناه .

(فصل) فإن ترك بعض الطواف فهو كما لو ترك جميعه فيما ذكرنا ، وسواء ترك شوطا أو أقل أو أكثر ، وهذا قول عطاء ومالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور

وقال أصحاب الرأي : من طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة أو طواف العمرة وسعى بين الصفا والمروة ، ثم رجع إلى الكوفة : إن سعيه يجزئه وعليه دم لما ترك من الطواف بالبيت .

ولنا أن ما أتى به لا يجزئه إذا كان بنكه ، فلا يجزئه إذا خرج منها ، كما لو طاف دون الأربعة أشواط .

(فصل) وإذا ترك طواف الزيارة بعد رمي جرة العقبة ، فلم يبق محرما إلا عن النساء خاصة لأنه قد حصل له التحلل الأول برمي جرة العقبة ، فلم يبق محرما إلا عن النساء خاصة ، وإن وطئ لم يفسد حجه ولم يجب عليه بدنة ، لكن عليه دم ، ويجدد إحرامه ليطوف في إحرام صحيح ، قال أحمد : من طاف للزيارة أو اخترق الحجر في طوافه ، ورجع إلى بغداد ، فإنه يرجع لأنه هل بقية إحرامه ، فإن وطئ النساء أحرم من التمتع على حديث ابن عباس ، وعليه دم ، وهذا كما قلنا .

« مسألة ، قال (وإن كان طاف الوداع ، لم يجزئه لطواف الزيارة)
ولمّا لم يجزه عن طواف الزيارة ، لأن تعيين النية شرط فيه على ما ذكرنا ، فن طاف للوداع فلم يعين النية له ، فكذلك لم يصح .

« مسألة ، قال (وليس في عمل القارن زيادة على عمل المفرد ، إلا أن عليه دما ، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام آخرها يوم عرفة ، وسبعة إذا رجع)

المشهور عن أحمد : أن القارن بين الحج والعمرة لا يلزمه من العمل إلا ما يلزم المفرد ، وأنه يجزئه طواف واحد وسمى واحد لحجه وعمرته . نص عليه في رواية جماعة من أصحابه ، وهذا قول ابن عمر وجابر بن عبد الله ، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وعن أحمد رواية ثانية : أن عليه طوافين وسعيين ، ويروى ذلك عن الشعبي وجابر بن زيد وعبد الرحمن ابن الأسود ، وبه قال الثوري والحسن بن صالح وأصحاب الرأي ، وقد روى عن

على ، ولم يصح عنه واحتج بعض من اختار ذلك بقول الله تعالى (٢ : ١٩١) وأتموا الحج والعمرة لله) وتامها : أن يأتي بأفعالها على السكال ، ولم يفرق بين القارن وغيره ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من جمع بين الحج والعمرة فعليه طوافان » ولأنهما نسكان ، فكان لهما طوافان كما لو كانا منفردين :

ولنا ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت « وأما الذين كانوا يجمعوا بين الحج والعمرة فإنهم طافوا لهما طوافاً واحداً ، متفق عليه ، وفي مسلم « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة لما قرنت بين الحج والعمرة : يسعك طوافك للحجك وعمرك » .

وعن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحرم بالحج والعمرة أجزاء طواف واحد وسعى واحد عنهما جميعاً ، وعن جابر « أن النبي (ص) قرن بين الحج والعمرة فطاف لهما طوافاً واحداً ، رواهما الترمذي ، وقال في كل واحد منهما . حديث حسن ، وروى ليث عن طاوس وعطاء ومجاهد عن جابر وابن عمر وابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يطف بالبيت هو وأصحابه لعمرتهم وحجهم إلا طوافاً واحداً ، رواه الأثرم وابن ماجه .

وعن سلمة قال « حلف طاوس ما طاف أحد من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم بالحج والعمرة إلا طوافاً واحداً ، ولأنه ناسك يكفيه حلق واحد ورمي واحد ، فكفاه طواف واحد وسعى واحد كالمفرد ، ولأنهما عبادتان من جنس واحد . فإذا اجتمعتا دخلت أفعال الصغرى في الكبرى كالطهارتين ، وأما الآية : فإن الأفعال إذا وقعت لهما فقد تما ، وأما الحديث الذي احتجوا به : فلا نعلم صحته ورواه الدارقطني من طرق ضعيفة في بعضها الحسن بن عماره ، وفي بعضها عمر ابن يزيد ، وفي بعضها حفص بن أبي داود ، وكلهم ضعفاء ، وكفى به ضعفا معارضته لما روينا من الأحاديث الصحيحة ، وإن صح فيحتمل أنه أراد عليه طواف وسعى فسيهما طوافين ، فإن السعى يسمى طوافاً ، قال الله تعالى (٢ : ١٥٨) فلا جناح عليه أن يطوف بهما) ويحتمل أنه أراد عليه طوافان طواف الزيارة وطواف الوداع .

(فصل) وإن قتل القارن صيداً فعليه جزاء واحد ، نص عليه أحمد ، فقال :

إذا قتل القارن صيداً فعليه جزاء واحد ، وهؤلاء يقولون ، في ذلك جزاءان فيلزمهم أن يقولوا . في صيد الحرم ثلاثة لأنهم يقولون في الحل اثنان ، ففي الحرم ينبغي أن يكون ثلاثة ، وهذا قول مالك والشافعي ، وقال أصحاب الرأي عليه جزاءان ، قال القاضي : وإذا قلنا عليه طوافان لزمه جزاءان .

ولنا قول الله تعالى (٥ ، ٩٥) ومن قتله منكم متعمداً فجزاءه مثل ما قتل من النعم) ومن أوجب جزاءين فقد أوجب مثلين ، ولأنه صيد واحد فلم يجب فيه جزاءان كما لو قتل الحرم في الحرم صيداً ، ولأنه لا يزيد على محرمين قتلاً صيداً ، فليس عليهما إلا فداء واحد ، وكذلك محرم وحلال قتلاً صيداً حرماً .

(فصل وان أفسد القارن نسكه بالوطء ، فعليه فداء واحد ، وبذلك قال عطاء وابن جريج ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، ولا يسقط دم القران ، وقال الحكم . عليه هديان .

ويتخرج لنا أن يلزمه بدنة وشاة إذا قلنا يلزمه طوافان ، وقال أصحاب الرأي . ان وطئ قبل الوقوف فسد نسكه ، وعليه شاتان للحج والعمرة ، ويسقط عنه دم القران ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم الذين سئلوا عن أفسد نسكه لم يأمره إلا بفداء واحد ولم يفرقوا ، ولأنه أحد الأنساك الثلاثة فلم يجب في إفساده أكثر من فدية واحدة كالآخرين ، وسائر محظورات الإحرام من اللبس والطيب وغيرهما لا يجب في كل واحد منها أكثر من فداء واحد كما لو كان مفرداً ، والله أعلم .

مسألة ، قال (إلا أن عليه دماً ، فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع)

هذا استثناء منقطع ، معناه لكن عليه دم فإن وجوب الدم ليس من الأفعال المنفية بقوله ، وليس في عمل القارن زيادة على عمل المفرد ، ولا نعم في وجوب الدم على القارن خلافاً : إلا ما حكى عن داود ، أنه لا دم عليه وروى ذلك عن طاوس ، وحكى ابن المنذر ، أن ابن داود لما دخل مكة سئل عن القارن هل يجب عليه دم ؟ فقال : لا ، فخر برجله . وهذا يدل على شهرة الأمر بينهم .

ولنا قول الله تعالى (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى)

والقارن متمتع بالعمرة إلى الحج ، بدليل أن علياً رضي الله عنه لما سمع عثمان ينهى عن المتعة أهل بالحج والعمرة ليعلم الناس أنه ليس بمنهى عنه ، وقال ابن عمر : إنما القرآن لأهل الآفاق ، وتلا قوله تعالى (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من قرن بين حجه وعمرته فليرق دماً ، ولأنه ترفه بسقوط أحد السفرين فلزمه دم كالمتمتع ، وإذا عدم الدم فعليه صيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع كالمتمتع سواء .

(فصل : ومن شرط وجوب الدم عليه أن لا يكون من حاضري المسجد الحرام في قول جمهور العلماء . وقال ابن الماجشون : عليه دم ، لأن الله تعالى إنما أسقط الدم^١ وليس هذا متمتعاً ، وليس هذا بصحيح ، فإننا قد ذكرنا أنه متمتع وإن لم يكن متمتعاً فهو فرع عليه ، ووجوب الدم على القارن إنما كان بمعنى النص على المتمتع ، فلا يجوز أن يخالف الفرع أصله .

مسألة ، قال (ومن اعتمر في أشهر الحج فطاف وسعى ثم أحرم بالحج من عامه ، ولم يكن خرج من مكة إلى ما تقصر فيه الصلاة ، فهو متمتع عليه دم)

الكلام في هذه المسألة في فصول :

أحدها : وجوب الدم على المتمتع في الجملة ، وأجمع أهل العلم عليه . قال ابن المنذر . أجمع أهل العلم على أن من أهل بعمرة في أشهر الحج من أهل الآفاق من الميقات وقدم مكة ففرغ منها وأقام بها وحج من عامه : أنه متمتع وعليه الهندي أن وجد والا فالصيام ، وقد نص الله تعالى عليه بقوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج الآية) ، وقال ابن عمر : تمتع الناس مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرة إلى الحج ، فلما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للناس . من لم يكن منكم أهدي فليطف بالبیت وبالصفاء والمروة وليقصر ثم ليهل بالحج ويهدي ، فمن لم يجد هدياً فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله ، متفق عليه . وقال جابر : كنا نتمتع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرة إلى الحج فنذبح البقرة

عن سبعة نشترك فيها ، رواه مسلم . وعن أبي جرة قال : سألت ابن عباس عن المتعة فأمرني بها ، وسألته عن الهدى فقال : فيها جزور أو بقرة أو شاة أو شرك من دم ، متفق عليه . والدم الواجب شاة أو سبع بقرة أو سبع بدنة ، فإن نحر بدنة أو ذبح بقرة فقد زاد خيرا ، وهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي

وقال مالك لا يجزئ إلا بدنة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما تمتع ساق بدنة وهذا ترك لظاهر قوله تعالى (فما استيسر من الهدى) وأطراح للأثار الثابتة ، وما احتجوا به فلا حجة فيه : فإن إهداء النبي صلى الله عليه وسلم للبدنة لا يمنع أجزاء ما دونها ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد ساق مائة بدنة ، ولا خلاف في أن ذلك ليس بواجب ، ولا يجب أن تكون البدنة التي يذبحها على صفة بدن النبي صلى الله عليه وسلم . ثم إنهم يقولون : إن النبي (ص) كان مفرداً في حجته : ولذلك ذهبوا إلى تفضيل الأفراد ، فكيف يكون سوقه للبدن دليلاً لهم في التمتع ولم يكن متمتعاً ؟

الفصل الثاني في الشروط التي يجب الدم على من اجتمعت فيه وهي خمسة :

الأول : أن يحرم بالعمرة في أشهر الحج ، فإن أحرم بها في غير أشهره لم يكن متمتعاً ، سواء وقعت أفعالها في أشهر الحج أو في غير أشهره : نص عليه أحمد . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله سئل عن أهل بعمره في غير أشهر الحج ثم قدم في شوال ، أيحل من عمرته في شوال أو يكون متمتعاً ؟ فقال : لا يكون متمتعاً واحتج بحديث جابر وذكر أسناده عن أبي الزبير : أنه سمع جابر بن عبد الله يسأل عن امرأة تجعل علي نفسها عمرة في شهر مسمى ثم تحل اليلة واحدة ثم تحيض ؟ قال لتخرج ثم لتحل بعمره ثم لتنتظر حتى تظاهر ثم لتطف بالبيت ، قال أبو عبد الله : فجعل عمرتها في الشهر الذي أهلت فيه لا في الشهر الذي حلت فيه ، ولا تعلم بين أهل العلم خلافاً في أن من اعتمر في غير أشهر الحج عمرة وحل منها قبل أشهر الحج : أنه لا يكون متمتعاً ، إلا قولين شاذين

أحدهما عن طاوس أنه قال : إذا اعتمرت في غير أشهر الحج ثم أقمت حتى الحج فأنت متمتع .

والثاني عن الحسن أنه قال : من اعتمر بعد النحر فهي متعة ، قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً قال بواحد من هذين القولين . فأما إن أحرم بالعمرة في غير أشهر الحج ثم حل منها في أشهر الحج ، فذهب أحد أنه لا يكون متمتعاً . ونقل معنى ذلك عن جابر وأبي عياض . وهو قول إسحاق وأحد قولي الشافعي .

وقال طاوس : عمرته في الشهر الذي يدخل فيه الحرم . وقال الحسن والحكم وابن شبرمة والثوري والشافعي في أحد قوليهِ : عمرته في الشهر الذي يطوف فيه وقال عطاء : عمرته في الشهر الذي يحل فيه . وهو قول مالك . وقال أبو حنيفة : إن طاف للعمرة أربعة أشواط في غير أشهر الحج فليس بمتمتع ، وإن طاف الأربعة في أشهر الحج فهو متمتع ، لأن العمرة صحت في أشهر الحج ؛ بدليل أنه لو وظى أفسدها . أشبه ما إذا أحرم بها في أشهر الحج ولنا : ما ذكرنا عن جابر . ولأنه أتى بنسك لآتم العمرة إلا به في غير أشهر الحج فلم يكن متمتعاً كما لو طاف ويخرج عليه ما قاسوا عليه .

الثاني : أن يحج من عامه . فإن اعتمر في أشهر الحج ولم يحج ذلك العام بل حج من العام القابل فليس بمتمتع . لا نعلم فيه خلافاً الا قولاً شاذاً عن الحسن فيمن اعتمر في أشهر الحج . فهو متمتع حج أولم يحج : والجمهور على خلاف هذا لأن الله تعالى قال (٢ : ١٩٦) فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى : وهذا يقتضي الموالاته بينهما ، ولأنهم اذ أجمعوا على أن من اعتمر في غير أشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فليس بمتمتع . فهذا أولى فإن التباعد بينهما أكثر .

الثالث أن لا يسافر بين العمرة والحج سفراً بعيداً تقصر في مثله الصلاة ، نص عليه ، وروى ذلك عن عطاء والمغيرة المديني وإسحاق . وقال الشافعي : ان رجع الى الميقات فلا دم عليه ، وقال أصحاب الرأي : ان رجع الى مصره بطلت متعته والا فلا .

وقال مالك : ان رجع الى مصره أو الى غيره أبعد من مصره بطلت متعته والا فلا ، وقال الحسن . هو متمتع وان رجع الى بلده ، واختاره ابن المنذر لعموم قوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى)

ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال « اذا اعتمر في أشهر الحج ثم أقام

فهو متمتع ، فإن خرج ورجع فليس بمتمتع ، وعن ابن عمر نحو ذلك ، ولأنه إذا رجع الى الميقات أو ما دونه لزمه الاحرام منه ، فإن كان بعيداً فقد أنشأ سفرأ بعيداً لصحبه فلم يترفه بأحد السفيرين فلم يلزمه دم كوضع الوفاق ، والآية تناولت المتمتع وهذا ليس بمتمتع بدليل قول عمر

الرابع : أن يحل من احرام العمرة قبل احرامه بالحج ، فإن أدخل الحج على العمرة قبل حله منها ، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم والذين كان معهم الهدى من أصحابه ، فهذا يصير قارناً ولا يلزمه دم المتعة

قالت عائشة : خرجنا مع رسول الله (ص) عام حجة الوداع فأهلنا بعمرة ، فقدمت مكة وأنا حائض ، لم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة : فشكوت ذلك الى رسول الله (ص) فقال : انقضى رأسك وامتشطى وأهل بالحج ودعى العمرة ، قالت ففعلت ، فلما قضينا الحج أرسلني رسول الله (ص) مع عبد الرحمن ابن أبي بكر الى التنعيم فاعتمرت معه ، فقال هذه مكان عمرتك ، قال عروة : فنقض الله حجها وعمرتها ، ولم يكن في شيء من ذلك هدى ولا صوم ولا صدقة متفق عليه : ولكن عليه دم للقران لأنه صار قارناً وترفه بسقوط أحد السفيرين ، وقول عروة : لم يكن في ذلك هدى ، يحتمل أنه أراد لم يكن فيه هدى للمتعة ، اذ قد ثبت أن رسول الله (ص) ذبح عن نسائه بقرة بينهن

الخامس : أن لا يكون من حاضري المسجد الحرام ، ولا خلاف بين أهل العلم في أن دم المتعة لا يجب على حاضري المسجد الحرام ، اذ قد نص الله تعالى في كتابه بقوله سبحانه (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) ولأن حاضراً المسجد الحرام ميقاته مكة ، فلم يحصل له الترفه بأحد السفيرين ^(١) ولأنه أحرم بالحج من ميقاته فأشبه المفرد

(فصل)

و (حاضري المسجد الحرام) أهل الحرم ومن بينه وبين مكة دون مسافة القصر — نص عليه أحمد — وروى ذلك عن عطاء ، وبه قال الشافعي ، وقال

(١) كذا ، والوجه أن يقال بترك أحد السفيرين

مالك أهل مكة ، وقال مجاهد أهل الحرم ، وروى ذلك عن طاوس ، وقال مكحول وأصحاب الرأي من دون الميقات ، لأنه موضع شرع فيه النسك فأشبهه الحرم . ولنا أن حاضر الشيء من دنا منه ، ومن دون مسافة القصر قريب في حكم الحاضر بدليل أنه إذا قصد لا يترخص رخص السفر فيكون من حاضريه ، وتحميده بالميقات لا يصح ، لأنه قد يكون بعيداً ثبت له حكم السفر البعيد إذا قصد ، ولأن ذلك يفضى إلى جعل البعيد من حاضريه والقريب من غير حاضريه في المواقيت قريباً وبعيداً ، واعتبارنا أولى لأن الشارع حد الحاضر بدون مسافة القصر بنى أحكام المسافرين عنه ، فلا اعتبار به أولى من الاعتبار بالنسك لوجود لفظ الحضور في الآية

(فصل) إذا كان للتمتع قربتان ، قرية وبعيدة ، فهو من حاضري المسجد الحرام ، لأنه إذا كان بعض أهله قريباً فلم يوجد فيه الشرط ، وهو أن لا يكون من حاضري المسجد الحرام ، ولأن له أن يحرم من القرية ، فلم يكن بالتمتع مترفها بترك أحد السفرين ، وقال القاضي . له حكم القرية التي يقيم بها أكثر ، فإن استويا فن التي ماله بها أكثر ، فإن استويا فن التي ينوي الإقامة بها أكثر ، فإن استويا حكم للقرية التي أحرم منها ، وقد ذكرنا الدليل لما قلناه

فصل

فإن دخل الأفاق مكة متمتعا ناوياً للإقامة بها بعد تمتعه فعليه دم المتعة . قال ابن المنذر « أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، ولو كان الرجل منشؤه ومولده بمكة فخرج عنها منتقلاً مقبلاً بغيرها ثم عاد إليها متمتعا ناوياً للإقامة بها أو غير ناوٍ لذلك فعليه دم المتعة ، لأنه خرج بالانتقال عنها عن أن يكون من أهلها ، وبذلك قال مالك والشافعي وإسحاق ، وذلك لأن حضور المسجد إنما يحصل بنية الإقامة وفعلها ، وهذا إنما نوى الإقامة إذا فرغ من أفعال الحج لأنه إذا فرغ من عمرته فهو ناوٍ للخروج إلى الحج ، فكأنه إنما نوى أن يقيم بعد أن يجب عليه الدم ، فأما أن خرج المكي مسافراً غير منتقل ، ثم عاد فاعتمر من الميقات أو قصر وحج من عامه فلا دم عليه ، لأنه لم يخرج بهذا السفر عن كون أهله من حاضري المسجد الحرام .

فصل

وهذا الشرط لوجوب الدم عليه ، وإس بشرط لكونه متمتعاً ، فإن متعة المكي صحيحة لأن اتمتع أحداً إنساك الثلاثة ، فصح من المكي كالنسكين الآخرين ، ولأن حقيقة التمتع . هو أن يعتمر في أشهر الحج ثم يحج من عامه : وهذا موجود في المكي ، وقد نقل عن أحمد : ليس على أهل مكة متعة ومعناه ليس عليهم دم المتعة لأن المتعة له لا عليه : فيتعين حمله على ما ذكرناه .

(فصل) إذا ترك الأفاقي الاحرام من الميقات ، أو أحرم من دونه بعمره : ثم حل منها وأحرم بالحج من مكة من عامه ، فهو متمتع ، عليه دمان ، دم المتعة ودم لإحرامه من دون ميقاته .

قال ابن المنذر وابن عبد البر : أجمع العلماء على أن من أحرم في أشهر الحج بعمره وحل منها ، ولم يكن من حاضري المسجد الحرام ، ثم أقام بمكة حلالاً ، ثم حج من عامه . أنه متمتع عليه دم ، وقال القاضي : إذا تجاوز الميقات حتى صار بينه وبين مكة أقل من مسافة القصر ، فأحرم منه ، فلا دم عليه للتمتع ، لأنه من حاضري المسجد الحرام ، وليس هذا بجديد ، فإن حضور المسجد الحرام إنما يحصل بالإقامة به : وهذا لم يحصل منه الإقامة ولا نيتها ولأن الله تعالى قال (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) وهذا يقتضي أن يكون المانع من الدم السكنى به ، وهذا ليس بساكن .

وإن أحرم الأفاقي بعمره في غير أشهر الحج ثم أقام بمكة فاعتمر من التمتع في أشهر الحج ، وحج من عامه فهو متمتع عليه دم ، نص عليه أحمد ، وفي تنصيصه على هذه الصورة تنبيه على إيجاب الدم في الصورة الأولى بطريق الأولى ، وذكر القاضي : أن من شرط وجوب الدم : أن ينوي في ابتداء العمرة أو في أثنائها أنه متمتع ، وظاهر النص : يدل على أن هذا غير مشروط ، فإنه لم يذكره ، وكذلك الإجماع الذي ذكرناه مخالف لهذا القول ، ولأنه قد حصل له الترفه بسقوط أحد السفرين ، فلو لم يكن لم ينو .

الفصل الثالث في وقت وجوب الهدي ووقت ذبحه ، أما وقت وجوبه ، فعن أحمد : أنه يجب إذا أحرم بالحج ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، لأن الله تعالى

قال (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى وهذا قد فعل ذلك ، ولأن ما جعل غاية فوجود أوله كاف كقوله تعالى (٢ ، ١٨٧ ثم أتوا الصيام الى الليل) ولأنه تمتع أحرم بالحج من دون الميقات ، فلزمه الدم كما لو وقف أو تحلل ، وعنه : أنه يجب إذا وقف بعرفة ، وهو قول مالك واختيار القاضى . لأن التمتع بالعمرة فى الحج إنما يحصل بعد وجود الحج منه ، ولا يحصل ذلك الا بالوقوف فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الحج عرفة ، ولأنه قبل ذلك بعرض الفوات ، فلا يحصل التمتع ، ولأنه لو أحرم بالحج ثم أحصر أو فاته الحج لم يلزمه دم المتعة ، ولا كان متمتعاً ، ولو وجب الدم لما سقط .

وقال عطاء : يجب إذا رمى الجمرة : ونحوه قول أبى الخطاب قال : يجب إذا طلع الفجر يوم النحر ، لأنه وقت ذبحه ، فكان وقت وجوبه ، فأما وقت اخراجه فيوم النحر : وبه قال مالك وأبو حنيفة ، لأن ما قبل يوم النحر لا يجوز فيه ذبح الاضحية ، فلا يجوز فيه ذبح هدى المتمتع كمثل التحلل من العمرة .

وقال أبو طالب : سمعت أحمد قال فى الرجل يدخل مكة فى شوال ومعه هدى قال : ينحر بمكة ، وإن قدم قبل العشر نحره ، لا يضيع أو يموت أو يسرق : وكذلك قال عطاء ، وإن قدم فى العشر لم ينحره حتى ينحره بمكة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه قدموا فى العشر فلم ينحروا حتى نحروا بمكة ، ومن جاء قبل ذلك نحره عن عمرته وأقام على إحرامه ، وكان قارناً .

وقال الشافعى : يجوز نحره بعد الإحرام بالحج قولاً واحداً ، وفيما قبل ذلك بعد حله من العمرة احتمالان ووجه جوازه : أنه دم يتعلق بالإحرام : وينوب عنه الصيام ، فجاز قبل يوم النحر كدم الطيب واللباس ، ولأنه يجوز إبداله قبل يوم النحر ، فجاز أدائه قبله كسائر الفديات .

مسألة : قال (فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ، يكون آخرها يوم عرفة ، وسبعة إذا رجع)

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن المتمتع إذا لم يجد الهدى ينتقل الى صيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع تلك عشرة كاملة ، وتعتبر القدرة فى موضعه ،

فتى عدمه في موضعه جاز له الانتقال الى الصيام ، وان كان قادراً عليه في بلده ، لأن وجوبه موقت : وما كان وجوبه موقتا اعتبرت القدرة عليه في موضعه ، كالماء في الطهارة إذا عدمه في مكانه انتقل الى التراب

(فصل) ولكل واحد من صوم الثلاثة والسبعة وقتان : وقت جواز ، ووقت استحباب ، فأما وقت الثلاثة فوقت الاختيار لها : أن يصومها ما بين إحرامه بالحج ويوم عرفة ، ويكون آخر الثلاثة يوم عرفة ، قال طائفة : يصوم ثلاثة أيام آخرها يوم عرفة ، وروى ذلك عن عطاء والشعبي ومجاهد والحسن والنخعي وسعيد بن جبير وعلقمة وعمرو بن دينار وأصحاب الرأي

وروى ابن عمر وعائشة أنه يصومهن ما بين إهلاله بالحج ويوم عرفة ، وظاهر هذا : أن يجعل آخرها يوم التروية ، وهو قول الشافعي ، لأن صوم يوم عرفة بعرفة غير مستحب ، وكذلك ذكر القاضي في الحرر ، والمنصوص عن أحد الذي وقفنا عليه : مثل قول الخرق أنه يكون آخرها يوم عرفة ، وهو قول من سمينا من العلماء ، وإنما أحببنا له صوم يوم عرفة هنا لموضع الحاجة ، وهذا القول يستحب له تقديم الاحرام بالحج قبل يوم التروية ليصومها في الحج ، وان صام منها شيئاً قبل إحرامه بالحج جاز ، نص عليه .

وأما وقت جواز صومها : فإذا أحرم بالعمرة ، وهذا قول أبي حنيفة ، وعن أحد : أنه إذا حل من العمرة ، وقال مالك والشافعي : لا يجوز الا بعد إحرام الحج ، ويروى ذلك عن ابن عمر ، وهو قول إسحاق وابن المنذر ، لقول الله تعالى (٢ : ١٩٦ فصيام ثلاثة أيام في الحج) ولأنه صيام واجب ، فلم يجوز تقديمه على وقت وجوبه كسائر الصيام الواجب ، ولأن ما قبله وقت لا يجوز فيه المبدل ، فلم يجوز البديل ، كقبول الاحرام بالعمرة ، وقال الثوري والأوزاعي : يصومهن من أول العشر الى يوم عرفة .

ولنا أن إحرام العمرة أحد إحرام التمتع ، فجاز الصوم بعده كإحرام الحج فأما قوله (فصيام ثلاثة أيام في الحج) فقيل : معناه في أشهر الحج ، فإنه لا بد من إضمار ، إذ كان الحج أفعالا لا يصام فيها ، إنما يصام في وقتها أو في أشهرها ، فهو في قوله تعالى (٢ : ١٩٧ الحج أشهر) .

وأما تقديمه على وقت الوجوب : فيجوز إذا وجد السبب كتقديمه التكفارة على الحنث وزهوق النفس ، وأما كونه بدلا فلا يقدم على المبدل ، فقد ذكرنا رواية في جواز تقديم الهدى على إحرام الحج ، فكذلك الصوم ، وأما تقديم الصوم على إحرام العمرة فغير جائز ، ولا نعلم قاتلا يجوازه ، إلا رواية حكاهما بعض أصحابنا عن أحمد ، وليس بشيء ، لأنه لا يقدم الصوم على سببه ووجوبه ، ويخالف قول أهل العلم ، وأحمد ينزه عن هذا

وأما السبعة فلها أيضاً وقتان : وقت اختيار ، ووقت جواز ، فأما وقت الاختيار . فإذا رجع إلى أهله ، لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « فمن لم يجد هدبا فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله » ، متفق عليه وأما وقت الجواز : فنحن نتمضي أيام التشريق .

قال الأثرم : سئل أحمد . هل يصوم في الطريق أو بمكة ؟ قال : كيف شاء ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وعن عطاء ومجاهد يصومها في الطريق ، وهو قول إسحاق ، وقال ابن المنذر : يصومها إذا رجع إلى أهله للخبر ، ويروى ذلك عن ابن عمر ، وهو قول الشافعي ، وقيل عنه : كفولنا ، وكقول إسحاق .

ولنا أن كل صوم لزمه وجاز في وطنه جاز قبل ذلك كسائر الفروض ، وأما الآية فإن الله تعالى جواز له تأخير الصيام الواجب فلا يمنع ذلك الأجزاء قبله ، كتأخير صوم رمضان في السفر والمرض بقوله سبحانه (فعدة من أيام أخر) ولأن الصوم وجد من أهله بعد وجود سببه ، فأجزأه كصوم المسافر والمريض .

(فصل) ولا يجب التابع ، وذلك لا يقتضى جمعا ولا تفريقا ، وهذا قول الثوري وإسحاق وغيرهما ، ولا نعلم فيه مخالفا .

مسألة ، قال (فإن لم يصم قبل يوم النحر صام أيام منى في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله ، والرواية الأخرى : لا يصوم أيام منى ، ويصوم بعد ذلك عشرة أيام ، وعليه دم)

وجملة ذلك . أن المتمتع إذا لم يصم الثلاثة أيام في الحج ، فإنه يصومها بعد ذلك ، وبهذا قال علي وابن عمر وعائشة وعروة بن الزبير وعبيد بن عمير والحسن

وعطاء والزهرى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، ويروى عن ابن عباس وسعيد ابن جبير وطاوس ومجاهد : إذا فاته الصوم فى العشر وبعده استقر الهدى فى ذمته لأن الله تعالى قال (فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجعت) ولأنه بدل موقت فيسقط بخروج وقته كالجمعة .

ولنا أنه صوم واجب فلا يسقط بخروج وقته كصوم رمضان ، والآية تدل على وجوبه لا على سقوطه ، والقياس منتقض بصوم الظهار إذا قدم المسيس عليه والجمعة ليست بدلا ، وإنما هى الأصل ، وإنما سقطت لأن الوقت جعل شرطا لها كالجمعة .

إذا ثبت هذا فإنه يصوم أيام منى ، وهذا قول ابن عمر وعائشة وعروة وعبيد ابن عمير والزهرى ومالك والأوزاعى وإسحاق والشافعى فى القديم ، لما روى ابن عمر وعائشة قالا : لم يرخص فى أيام التشريق أن يصمن إلا لمن لم يجد الهدى ، رواه البخارى ، وهذا ينصرف الى ترخيص النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأن الله تعالى أمر بصيام الثلاثة فى الحج ، ولم يبق من أيام الحج إلا هذه الأيام ، فيتمين الصوم فيها : فإذا صام هذه الأيام لحكمه حكم من صام قبل يوم النحر .

وعن أحمد رواية أخرى . لا يصوم أيام منى ، روى ذلك عن على والحسن وعطاء ، وهو قول ابن المنذر ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم ستة أيام — ذكر منها أيام التشريق — وقال عليه السلام . أنها أيام أكل وشرب ، ولأنها لا يجوز فيها صوم النفل ، فلا يصومها عن الهدى كيوم النحر ، فعلى هذه الرواية . يصوم بعد ذلك عشرة أيام ، وكذلك الحكم إذا قلنا : يصوم أيام منى فلم يصمها ، واختلفت الرواية عن أحمد فى وجوب الدم عليه . فعنه عليه دم ، لأنه آخر الواجب من مناسك الحج عن وقته : فلزمه دم كرمى الجمار ولا فرق بين المؤخر لعذر أو لغيره ، لما ذكرنا .

وقال القاضى : إن آخره لعذر ليس عليه إلا قضاؤه ، لأن الدم الذى هو المبدل لو آخره لعذر لا دم عليه لتأخيره ، فالبديل أولى ، وروى عن أحمد : لا يلزمه مع الصوم دم بحال ، وهذا اختيار أبى الخطاب ومذهب الشافعى ، لأنه صوم واجب يجب القضاء بفواته ، كصوم رمضان ، فأما الهدى الواجب إذا آخره لعذر ،

مثل أن ضاعت نفقته ، فليس عليه إلا قضاؤه كسائر الهدايا الواجبة ، وإن أخره لغير عذر ففيه روايتان .

إحدهما : ليس عليه إلا قضاؤه ، كسائر الهدايا .

والأخرى : عليه هدى آخر . لأنه نسك مؤقت . فلزم الدم بتأخيرته عن وقته ، كرمى الجمار ، قال أحمد : من تمتع فلم يهد إلى قابل يهدى هديين ، كذا قال ابن عباس .

(فصل) وإذا صام عشرة الأيام لم يلزمه التفريق بين الثلاثة والسبعة ، وقال أصحاب الشافعي : عليه التفريق . لأنه وجب من حيث الفعل ، وما وجب التفريق فيه من حيث الفعل لم يسقط بفوات وقته ، كأفعال الصلاة من الركوع والسجود . ولنا أنه صوم واجب في زمن يصح الصوم فيه ، فلم يجب تفريقه ، كسائر الصوم ، ولا نسل وجوب التفريق في الأداء ، فإنه إذا صام أيام منى وأتبعها السبعة فما حصل التفريق ، وإن سلطنا وجوب التفريق في الأداء فإن كان من حيث الوقت فإذا فات الوقت سقط كالتفريق بين الصلاتين .

(فصل) ووقت وجوب الصوم : وقت وجوب الهدى لأنه بدل ، فكان وقت وجوبه وقت وجوب المبدل كسائر الإبدال .

فإن قيل : فكيف جوزتم الانتقال إلى الصوم قبل زمان وجوب المبدل ولم يتحقق العجز عن المبدل لأنه إنما يتحقق المحوز للانتقال إلى البدل زمن الوجوب وكيف جوزتم الصوم قبل وجوبه ؟

قلنا إنما جوزنا له الانتقال إلى البدل بناء على العجز الظاهر ، فإن الظاهر من المعسر استمرار اعساره وعجزه كما جوزنا التكفير بالبدل قبل وجوب المبدل ، وأما تجويز الصوم قبل وجوبه فقد ذكرناه .

• مسألة ، قال (ومن دخل في الصيام ثم قدر على الهدى ، لم يكن عليه الخروج من الصوم إلى الهدى ، إلا أن يشاء)

وهذا قال الحسن وقادة ومالك والشافعي ، وقال ابن أبي نجيع وحماد والثوري : إن أيسر قبل أن تكمل الثلاثة فعليه الهدى ، وإن أكمل الثلاثة صام السبعة ،

وقيل : متى قدر على الهدى قبل يوم النحر انتقل اليه ، صام أو لم يصم ، وإن وجده بعد أن مضت أيام النحر أجزأه الصيام ، قدر على الهدى أو لم يقدر ، لأنه قدر على المبدل في زمن وجوبه فلم يحزنه البذل كما لو لم يصم .

ولنا أنه صوم دخل فيه لعدم الهدى لم يلزمه الخروج اليه كصوم السبعة ، وعلى هذا يخرج الأصل الذي قاسوا عليه ، وأنه ما شرع في الصيام .

(فصل) وإن وجب عليه الصوم فلم يشرع حتى قدر على الهدى ، فغيره وإيتان أحدهما : لا يلزمه الانتقال اليه ، قال في رواية المروزي : إذا لم يصم في الحبيب فليصم إذا رجع ، ولا يرجع إلى الدم ، وقد انتقل فرضه إلى الصيام ، وذلك لأن الصيام استقر في ذمته لوجوبه حال وجود السبب المتصل بشرطه ، وهو عدم الهدى .

والثانية . يلزمه الانتقال اليه ، قال يعقوب . سألت أحمد عن المتمتع إذا لم يصم قبل يوم النحر ؟ قال ، عليه هديان يبعث بهما إلى مكة ، أو جب عليه الهدى الأصلي وهديا لتأخير الصوم عن وقته ، ولأنه قدر على المبدل قبل شروعه في البذل فلزمه الانتقال اليه كالتيمم إذا وجد الماء .

(فصل) ومن لزمه صوم المتعة فبات قبل أن يأتي به لعذر منعه عن الصوم فلا شيء عليه ، وإن كان لغير عذر أطعم عنه كما يطعم عن صوم أيام رمضان ، ولأنه صوم وجب بأصل الشرع ، أشبه صوم رمضان .

« مسألة ، قال (والمرأة إذا دخلت متمتعة فحاضت ، خشيت فوات الحبيب أهلت بالحبيب ، وكانت قارئة ، ولم يكن عليها قضاء طواف القدوم)

وجملة ذلك أن المتمتعة إذا حاضت قبل الطواف للعمرة لم يكن لها أن تطوف بالبيت لأن الطواف بالبيت صلاة ، ولأنها ممنوعة من دخول المسجد ، ولا يمكنها أن تحل من عمرتها ما لم تطف بالبيت فإن خشيت فوات الحبيب أحرمت بالحبيب مع عمرتها وتصير قارئة ، وهذا قول مالك والاوزاعي والشافعي وكثير من أهل العلم ، وقال أبو حنيفة . ترفض العمرة وتهل بالحبيب ، قال أحمد . قال أبو حنيفة . قد رفضت العمرة فصار حجا ، وما قال هذا أحد غير أبي حنيفة ، واحتج بما روى

عروة عن عائشة قالت : أهلتنا بعمرة ، فقدمت مكة وأنا حائض لم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة ، فشكوت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انقضى رأسك وامتشطى وأهلى بالحج ودعى العمرة ، قالت . ففعلت . فلما قضينا الحج أرسلني رسول الله صلى الله عليه وسلم مع عبد الرحمن بن أبي بكر الى التنعيم فاعمرت معه ، فقال . هذه عمرة مكان عمرتك ، متفق عليه ، وهذا يدل على أنها رفضت عمرتها وأحرمت بحج من وجوه ثلاثة . أحدها قوله : دعى عمرتك ، والثاني ، قوله : وامتشطى ، والثالث ، قوله : هذه عمرة مكان عمرتك ،

ولنا ما روى جابر قال : أقبلت عائشة بعمرة حتى اذا كانت بسرف عركت ، ثم دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على عائشة فوجدها تبكي فقال ما شأنك ؟ قالت ، شأني أني قد حضت ، وقد حل الناس ولم أحل ولم أطف بالبيت : والناس يذهبون الى الحج الآن ، فقال ، ان هذا أمر كتب الله على بنات آدم فاغسلي ثم أهلى بالحج ففعلت ووقفت المواقف حتى اذا طهرت طافت بالسكبة وبالصفا والمروة ، ثم قال ، قد حللت من حجك وعمرتك : قالت ، يا رسول الله ، اني أجد في نفسي أني لم أطف بالبيت حتى حججت ، قال ، فاذهب بها يا عبد الرحمن فأعمرها من التنعيم ، وروى طاوس عن عائشة أنها قالت : أهلت بعمرة فقدمت ولم أطف حتى حضت ونسكت المناسك كلها ، وقد أهلت بالحج ، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم يوم النفر ، يسمعك طوافك لحجك وعمرتك ، فأبت . فبعث معها عبد الرحمن بن أبي بكر فأعمرها من التنعيم ، رواهما مسلم ، وهما يدلان على ما ذكرنا جميعه ، ولأن ادخال الحج على العمرة جائز بالاجماع من غير خشية الفوات ، فع خشية الفوات أولى ، قال ابن المنذر ، أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، أن لمن أهل بعمرة أن يدخل عليها الحج ، ما لم يفتح الطواف بالبيت . وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم من كان معه هدى في حجة الوداع أن يهل بالحج مع العمرة ومع امكان الحج مع بقاء العمرة : ولا يجوز رفضها : لقول الله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) ولأنها متمكنة من اتمام عمرتها بلا ضرر فلم يجز رفضها كغير الحائض . فأما حديث عروة فإن قوله (انقضى رأسك وامتشطى ودعى العمرة ، انفرد به عروة خالف به سائر من روى عن عائشة حين جاضت

وقد روى عن طاوس والقاسم والأسود وعروة وعائشة ، ولم يذكروا ذلك ، وحديث جابر وطاوس يخالفان لهذه الزيادة ، وقد روى حماد بن زيد عن هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة حديث حينها ، فقال فيه : حدثني غير واحد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها « دعى العمرة وانتضى رأسك وامتشطى ، وذكر تمام الحديث ، وهذا يدل على أن عروة لم يسمع هذه الزيادة من عائشة ، وهو مع ما ذكرنا من مخالفته بقية الرواة يدل على الوهم ، مع مخالفتها الكتاب والاصول ، إذ ليس لنا موضع آخر يجوز فيه رفض العمرة مع إمكان إتمامها ، ويحتمل أن قوله « دعى العمرة ، أى دعيها بحالها وأهلى بالحج معها ، أو دعى أفعال العمرة فإنها تدخل فى أفعال الحج ، وأما إعمارها من التعميم فلم يأمرها به النبي صلى الله عليه وسلم ، وإنما قالت له صلى الله عليه وسلم « إني أجد فى نفسى أنى لم أطف بالبيت حتى حججت ، قال : فاذهب بها يا عبد الرحمن فأعمرها من التعميم ،

وروى الاثرم بإسناده عن الاسود عن عائشة قالت « اعتمرت بعد الحج ، قالت : والله ما كانت عمرة . ما كانت إلا زيارة زرت البيت ، إنما هى مثل نفقتها ، قال أحمد : إنما أعمر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة حين ألحت عليه ، فقالت « يرجع الناس بنسكين وأرجع بنسك فقال : يا عبد الرحمن أعمرها ، فنظر الى أدنى الحرم فأعمرها منه .

وقول الحرقى « ولم يكن عليها قضاء طواف القدوم ، وذلك لان طواف القدوم سنة لا يجب قضاؤها ، ولم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة بقضائه ولا فعلته هى :

(فصل) وكل متمتع خشى فوات الحج فإنه يحرم بالحج ، ويصير قارنا ، وكذلك المتمتع الذى معه هدى فإنه لا يحل من عمرته ، بل يهل بالحج معها فيصير قارنا ، ولو أدخل الحج على العمرة قبل الطواف من غير خوف الفوات حاز ، وكان قارنا بغير خلاف ، وقد فعل ذلك ابن عمر ، ورواه عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فأما بعد الطواف فليس له ذلك ولا يصير قارنا ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور ، وروى عن عطاء وقال مالك : يصير قارنا ، وحكى ذلك عن أبي حنيفة

لأنه أدخل الحج على احرام العمرة ، فصح كما قبل الطواف .
ولنا أنه شارع في التحلل من العمرة فلم يجز ادخال الحج عليها ، كما لو سعى
بين الصفا والمروة .

(فصل) فأما إدخال العمرة على الحج فغير جائز ؛ فإن فعل لم يصح ولم يصح
قارنا ، روى ذلك عن علي وبه قال مالك وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال
أبو حنيفة : يصح ويصير قارنا لأنه أحد النسكين فجاز ادخاله على الآخر : قياساً
على ادخال الحج على العمرة .

ولنا ما روى الاثرم بإسناده عن عبد الرحمن بن نصر عن أبيه قال : خرجت
أريد الحج فقدمت المدينة ، فإذا على قد خرج حاجاً فأهلكت بالحج ثم خرجت
فأدركت علياً في الطريق ، وهو يهل بعمرة وحجة فقلت : يا أبا الحسن ؛ إنما
خرجت من الكوفة لاقتدي بك ، وقد سبقني فأهلكت بالحج ، أفأستطيع أن
أدخل معك فيما أنت فيه ؟ فقال : لا . إنما ذلك لو كنت أهلكت بعمرة ، ولأن
ادخال العمرة على الحج لا يفيد إلا ما أفاده العقد الاول فلم يصح كما لو استأجره
على عمل ثم استأجره عليه ثانياً في المدة وعكسه : ادخال الحج على العمرة .

« مسألة ، قال (ومن وطئ قبل رمي جرة العقبة فقد فسد حجها ، وعليه
بدنة إن كان استكرها ، ولا دم عليها) »

وفي هذه المسألة ثلاثة فصول (الفصل الاول) أن الوطء قبل جرة العقبة
يفسد الحج ، ولا فرق بين ما قبل الوقوف وبعده ، وبهذا قال مالك والشافعي
وقال أصحاب الرأي : إن وطئ بعد الوقوف لم يفسد حجه لقول النبي صلى الله
عليه وسلم « من أدرك عرفة فقد تم حجه » ، ولأنه آمن الفوات فأمن الفساد .
كما بعد التحلل الاول .

ولنا أن رجلاً سأل ابن عباس وعبد الله بن عمرو فقال : وقعت بأهلي ونحو
محرمات . فقال له ، أفستحجك ، ولم يستفصلوا السائل رواه الاثرم ، ولأنه
وطئ صادف احراماً تاماً فأفسده كقبل الوقوف ، ويخالف ما بعد التحلل الاول
فإن الاحرام غير تام . والمراد من الخبر الامن من الفوات ولا يلزم من أمن

القوات أمن الفساد ، وبدليل العمرة يأمن فواتها ولا يأمن فسادها ، قال أحد : لا أعلم أحدا قال : إن حجه تام غير أبي حنيفة يقول : الحج عرفات ، فن وقف بها فقد تم حجه ، وإنما هذا مثل قول النبي صلى الله عليه وسلم : من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة ، أى أدرك فضل الصلاة ولم تفته ، كذلك الحج .

إذا ثبت هذا فإنه يفسد حجها جميعاً لأن الجماع وجد منها ، وسواء فى ذلك الناسى والعامد والمستكرهه والمطاوعة والمستيقظة ، عالما كان الرجل أو جاهلا ، وقال الشافعى فى أحد قوليهِ : لا يفسد حج الناسى لأنه معذور .

ولنا أنه معنى يوجب القضاء فاستوت فيه الأحوال كلها كالفوات ، ولا فرق بين ما بعد يوم النحر أو قبله ، لأنه وطئ قبل التحلل الأول ففسد حجه ، كما لو وطئ يوم النحر .

(الفصل الثانى) أنه يلزمه بدنة ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة إن وطئ قبل الوقوف فسد حجه وعليه شاة وإن وطئ بعده لم يفسد حجه وعليه بدنة لأن الوطء قبل الوقوف معنى يتعلق به وجوب القضاء فلم يوجب بدنة كالفوات ولنا أنه قد روى عن عمر وابن عباس مثل قولنا ، ولأنه وطئ صادف إحراما تاما فأوجب البدنة كما بعد الوقوف — ، ولأن ما يفسد الحج الجنابة به أعظم ، فكفارته يجب أن تكون أغلظ ، وأما القوات فإنهم يوجبون به بدنة ، فكيف يصح القياس عليه ؟

(الفصل الثالث) أنه لا دم عليها فى حال الإكراه ، وهو قول عطاء ومالك والشافعى وإسحاق وأبى ثور ، وقال أصحاب الرأى : عليها دم آخر لأنه قد فسد حجها ؛ فوجبت البدنة كما لو طأعت .

ولنا أنها كفارة تجب بالجماع . فلم تجب على المرأة فى حال الإكراه ، كما لو وطئ فى الصوم .

(فصل) ومن وطئ قبل التحلل من العمرة فسدت عمرته وعليه شاة مع القضاء ، وقال الشافعى : عليه القضاء وبدنة لأنها عبادة تشتمل على طواف وسعى فأشبهت الحج .

وقال أبو حنيفة . إن وطئ قبل أن يطوف أربعة أشواط كقولنا ، وإن
وطئ بعد ذلك فعليه شاة ولا تفسد عمرته

ولنا على الشافعي أنها عبادة لا وقوف فيها فلم يجب فيها بدنة كالوقوفها بالحج
ولأن العمرة دون الحج فيجب أن يكون حكمها دون حكمه ، وبهذا يخرج الحج .
ولنا على أبي حنيفة أن الجماع من محظورات الإحرام فاستوى فيه ما قبل الطواف
وبعد كسائر المحظورات ولأنه وطئ صادف إحراماً تاماً فأفسده كما قبل الطواف

(فصل)

إذا أفسد القارن والمتمتع نسكهما لم يسقط الدم عنهما ، وبه قال مالك والشافعي
وقال أبو حنيفة يسقط ، وعن أحمد مثله لأنه لم يحصل له الترفه بسقوط أحد السفريين
ولنا أن ما وجب في النسك الصحيح وجب في الفاسد كالأفعال ، ولأنه دم
وجب عليه فلا يسقط بالافساد كالدم الواجب لترك الميقات

(فصل) وإذا أفسد القارن نسكه ثم قضى مفرداً لم يلزمه في القضاء دم . وقال
الشافعي . يلزمه لأنه يجب في القضاء ما يجب في الأداء وهذا كان واجباً في الأداء
ولنا أن الأفراد أفضل من القارن مع الدم ، فإذا أتى بهما فقد أتى بما هو أولى
فلا يلزمه شيء ، كن لزومه الصلاة بتيمم ففرضي بالوضوء

مسألة ، قال (وإن وطئ بعد رمي جرة العقبة فعليه دم ويمضي إلى التمتع
فيحرم ليطوف وهو محرم)

وفي هذه المسألة ثلاثة فصول :

(أحدها) أن الوطء بعد الحجرة لا يفسد الحج ، وهو قول ابن عباس وعكرمة
وعطاء والشعبي وربيعة ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي . وقال النخعي
والزهري ومحمد : عليه حج من قابل لأن الوطء صادف إحراماً من الحج فأفسده
كالوطء قبل الرمي .

ولنا قول النبي (ص) من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع وكان قد
وقف بعرفة قبل ذلك ليلاً أو نهراً فقد تم حجه وقضى تفثه ، ولأنه قول ابن عباس
فإنه قال في رجل أصاب أهله قبل أن يفيض يوم النحر « ينحران جزوراً بينهما ،
وليس عليه الحج من قابل ، ولا نعرف له مخالفاً في الصحابة ، ولأن الحج عبادة

لها تحللان ، فوجود المفسد بعد تحللها الاول لا يفسدها كبعد التسليمة الاولى في الصلاة ، وبهذا فارق ما قبل التحلل الاول

(الفصل الثاني) أن الواجب عليه بالوطء شاة ، هذا ظاهر كلام الحرق ، ونص عليه أحمد ، وقول عكرمة وربيعة ومالك وإسحاق . وقال القاضي : فيه رواية أخرى : أن عليه بدنة ، وهو قول ابن عباس وعطاء والشعبي والشافعي وأصحاب الرأي ، لانه وطئ في الحج فوجبت عليه بدنة ، كما قبل رمى جمره العقبة ولنا أنه وطء لم يفسد فلم يوجب ، كالوطء دون الفرج اذا لم ينزل ، ولأن حكم الاحرام خف بالتحلل الاول ، فينبغي أن يكون موجه دون موجب الاحرام التام .

(الفصل الثالث) أنه يفسد الاحرام بالوطء بعد رمى الجمره ، ويلزمه أن يحرم من الحل ، وبذلك قال عكرمة وربيعة وإسحاق . وقال ابن عباس وعطاء والشعبي والشافعي حجه صحيح ولا يلزمه الاحرام : لانه لإحرام لا يفسد جميعه ، فلم يفسد بعضه قالو وطئ بعد التحلل الثاني

ولنا أنه وطء صادف إحراما ، أفسده كالأحرام التام ، وإذا فسد إحرامه فعليه أن يحرم لياقي بالطواف في إحرام صحيح ، لأن الطواف ركن ، فيجب أن يأتي به في إحرام صحيح كالوقوف ، ويلزمه الاحرام من الحل ، لان الاحرام ينبغى أن يجمع فيه بين الحل والحرم ، فلو أبجنا لهذا الاحرام من الحرم لم يجمع بينهما لان أفعاله كلها تقع في الحرم فأشبه المعتمر ، وإذا أحرم من الحل طاف للزيارة وسعى ان كان لم يسع في حجه ، وان كان سعى طاف للزيارة وتحلل ، هذا ظاهر كلام الحرق ، لان الذي بقى عليه بقية أفعال الحج ، وإنما وجب عليه الاحرام لياقي بها في إحرام صحيح ، والمنصوص عن أحمد ومن وافقه من الأئمة أنه يعتمر ، فيحتمل أنهم أرادوا هذا أيضا وسموه عمرة ، لأن هذا هو أفعال العمرة ، ويحتمل أنهم أرادوا عمرة حقيقة فيلزمه سعى وتقصير ، والاول أصح لما ذكرنا ، وقول الحرق يحرّم من التنعيم ، لم يذكره لتعيين الاحرام منه ، بل لانه حل : فن أحل وأحرم جاز كالمعتمر .

(فصل) ولا فرق بين من حلق ومن لم يحلق في أنه لا يفسد حجه بالوطء بعد

الرمي وعليه دم وإحرام من الحل : هذا ظاهر كلام أحمد والخرقي ومن سميناه من الأئمة لترتيبهم هذا الحكم على الوطء بعد مجرد الرمي من غير اعتبار أمر زائد (فصل) فإن طواف للزيارة ولم يرم ثم وطئ لم يفسد حجه بحال ، لأن الحج قد تم أركانه كلها ، ولا يلزمه إحرام من الحل ، فإن الرمي ليس بركن ، وهل يلزمه دم ؟ يحتمل أنه لا يلزمه شيء لما ذكرنا ، ويحتمل أنه يلزمه لأنه وطئ قبل وجود ما يتم به التحلل ، فأشبهه من وطئ بعد الرمي وقبل الطواف

فصل

والقارن كالمفرد ، فإنه إذا وطئ بعد الرمي لم يفسد حجه ولا عمرته لأن الحكم للحج ، ألا ترى أنه لا يحل من عمرته قبل الطواف ، ويفعل ذلك إذا كان قارنا ، ولأن الترتيب للحج دونها ، والحج لا يفسد قبل الطواف ، كذلك العمرة . وقال أحمد : من وطئ بعد الطواف يوم النحر قبل أن يركع ما عليه شيء .

قال أبو طالب : سألت أحمد عن الرجل يقبل بعد رمي جرة العقبة قبل أن يزور البيت ؟ قال ليس عليه شيء ، قد قضى المناسك فعلى هذا ليس عليه فيما دون الوطء في الفرج شيء .

« مسألة ، قال (ومباح لأهل السقاية والرعاة أن يرموا بالليل) »

تروى هذه اللفظة « الرعاة » بضم الراء وإثبات الهاء ، مثل الدعاء والقضاة « والرعاة » بكسر الراء والمد من غير هاء ، وهما لغتان صحيحتان . قال الله تعالى (حتى يصدر الرعاء) وفي بعض الحديث « أُرخص للرعاة أن يرموا يوماً ، ويدعوا يوماً ، وإنما أبيع لهؤلاء الرمي بالليل لأنهم يشتغلون بالنهار برعى المواشي وحفظها وأهل السقاية : هم الذين يسقون من بئر زمزم للحجاج ، فيشتغلون بسقائهم نهاراً فأبيع لهم الرمي في وقت فراغهم تخفيفاً عليهم . فيجوز لهم رمي كل يوم في الليلة المقبلة ، فيرمون جرة العقبة في ليلة اليوم الأول من أيام التشريق ، ورمي اليوم الأول في ليلة الثاني ، ورمي الثاني في ليلة الثالث ، والثالث إذا أخروه إلى الغروب سقط عنهم كسقوطه عن غيرهم . قال عطاء : لا يرمى بالليل إلا رعاة الأبل ، فأما

التجار فلا ، وكان مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي يقولون : من نسي الرمي إلى الليل رمى ولا شيء عليه ، من الرعاة ومن غيرهم

« مسألة » قال (ومباح للرعاة أن يؤخروا الرمي فيقضوه في الوقت الثاني)

وجملة ذلك أنه يجوز للرعاة ترك المبيت بمنى ليالي منى ، ويؤخرون رمي اليوم الأول ويرمون يوم النفر الأول عن الرميين جميعاً ، لما عليهم من المشقة في المبيت والاقامة للرمي ، وقد روى مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه عن أبي البداح بن عاصم عن أبيه قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم لرعاة الإبل في البيوتة أن يرموا يوم النحر ثم يجمعون رمي يومين بعد يوم النحر ، يرمونه في أحدهما ، قال مالك . ظننت أنه في أول يوم منهما ثم يرمون يوم النفر . رواه ابن ماجه والترمذي . وقال حديث حسن صحيح رواه ابن عينة قال : رخص للرعاة أن يرموا يوماً ويدعوا يوماً ، وكذلك الحكم في أهل سقاية الحاج ، وقد روى ابن عمر : أن العباس استأذن النبي صلى الله عليه وسلم ليبيت بمكة ليالي منى من أجل سقايته ، متفق عليه إلا أن الفرق بين الرعاة وأهل السقاية أن الرعاة إذا قاموا حتى غربت الشمس فقد انقضى وقت الرعي ، وأهل السقاية يشتغلون ليلاً ونهاراً ؛ فافترقا ، وصار الرعاة كالمرضى الذي يباح له ترك الجمعة لمرضه ، فإذا حضرها تعينت عليه ، والرعاة أبيع لهم ترك المبيت لأجل الرعي ، فإذا فات وقته وجب المبيت

(فصل)

وأهل الاعتذار من غير الرعاة كالمرضى ومن له مال يخاف ضياعه ومحوهم كالرعاة في ترك البيوتة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رخص لهؤلاء تنبيهها على غيرهم أو تقول نص عليه لمعنى وجد في غيرهم فوجب إلحاقهم بهم

(فصل) إذا كان الرجل مريضاً أو مجوساً أو له عذر جاز أن يستتيب من يرمى عنه . قال الاثرم : قلت لأبي عبد الله إذا رمى عنه الجمار يشهد هو ذلك أو يكون في رحله ؟ قال يعجبني أن يشهد ذلك إن قدر حين يرمى عنه . قلت فإن ضعف عن ذلك أيكون في رحله ويرمى عنه ؟ قال نعم ، قال القاضي : المستحب أن يضغ الحصى في يد النائم ليكون له عمل في الرمي ؛ وإن أغشى على المستتيب

لم تنقطع النيابة ، وللنائب الرمي عنه كما لو استنابه في الحج ثم أغمى عليه ، وبما ذكرنا في هذه المسألة قال الشافعي . ونحوه قال مالك ، إلا أنه قال . يتحرى المريض حين رميه فيكبر سبع تكبيرات :

(فصل) ومن ترك الرمي من غير عنف فعليه دم . قال أحمد : أعجب إلى إذا ترك الأيام كلها كان عليه دم ، وفي ترك جمرة واحدة دم أيضا ، نص عليه أحمد . وبهذا قال عطاء والشافعي وأصحاب الرأي . وحكى عن مالك أن عليه في جمرة أو الجمرات كلها بدنة . قال الحسن : من نسي جمرة واحدة يتصدق على مسكين

ولنا قول ابن عباس « من ترك شيئا من مناسكه فعليه دم » ، ولأنه ترك من مناسكه ما لا يفسد الحج بتركه ، فكان الواجب عليه شاة كالميت ، وإن ترك أقل من جمرة فالظاهر عن أحد أنه لا شيء عليه في حصة ولا في حصتين . وعنه أنه يجب الرمي بسبع ، فإن ترك شيئا من ذلك تصدق بشيء أي شيء كان ، وعنه أن في كل حصة دما ، وهو مذهب مالك والليث ، لأن ابن عباس قال « من ترك شيئا من مناسكه فعليه دم » ، وعنه في الثلاثة دم ، وهو مذهب الشافعي ، وفيها دون ذلك في كل حصة مد ، وعنه درهم ؛ وعنه نصف درهم

وقال أبو حنيفة : إن ترك جمرة العقبة أو الجمار كلها فعليه دم ، وإن ترك غير ذلك فعليه في كل حصة نصف صاع إلى أن يبلغ دما ؛ وقد ذكرنا ذلك وآخر وقت الرمي آخر أيام التشريق ، فتي خرجت قبل رميه فات وقته واستقر عليه الفداء الواجب في ترك الرمي . هذا قول أكثر أهل العلم . وحكى عن عطاء فيمن رمى جمرة العقبة ثم خرج إلى إبله في ليلة أربع عشرة ثم رمى قبل طلوع الفجر ، فإن لم يرم هرق دما ، والاول أولى لأن محل الرمي النهار ، فيخرج وقت الرمي بخروج النهار ، والله أعلم

باب الفدية وجزاء الصيد

« مسألة ، قال (ومن حلق أربع شعرات فصاعداً ، عامداً أو مخطئاً ، فعليه صيام ثلاثة أيام ، أو إطعام ثلاثة أصع من تمر بين ستة مساكين ، أو ذبح شاة : أى ذلك فعل أجزأه) »

الكلام فى هذه المسألة فى ستة فصول :

الاول : أن على المحرم فدية إذا حلق رأسه ، ولا خلاف فى ذلك ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على وجوب الفدية على من حلق وهو محرم بغير علة : والأصل فى ذلك : قول الله تعالى (٢ : ١٩٦) ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدى محله فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) وقال النبي صلى الله عليه وسلم لكعب بن عجرة « لعلك أذاك هو امك ؟ قال : نعم يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إحلق رأسك وصم ثلاثة أيام ، أو أطعم ستة مساكين ، أو أنسك شاة ، متفق عليه ، وفى لفظ « أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين ، نصف صاع تمر ، ولا فرق فى ذلك بين إزالة الشعر بالحلق أو النورة أو قصبة أو غير ذلك ، لا نعلم فيه خلافاً .

الفصل الثانى : أنه لا فرق بين العامد والمخطئ ، ومن له عذر ومن لا عذر له فى ظاهر المذهب ، وهو قول الشافعى ، ونحوه عن الثورى ، وفيه وجه آخر : لا فدية على الناسى : وهو قول إسحاق وابن المنذر لقوله عليه السلام « عفى لأمى عن الخطأ والنسيان » .

ولنا أنه إبتلاف ، فاستوى عمده وخطاه كقتل الصيد ، ولأن الله تعالى أوجب الفدية على من حلق رأسه لأذى به وهو معذور ، فكان ذلك تنبيهاً على وجوبها على غير المعذور ، ودليلاً على وجوبها على المعذور بنوع آخر ، مثل المحتجم الذى يحلق موضع حاجه أو شعراً عن شجته ، وفى معنى الناسى التأثم : الذى يقلع شعره أو يصوب شعره الى تنور فيحرق لطلب النار شعره ونحو ذلك .

الفصل الثالث : أن الفدية هى إحدى الثلاثة المذكورة فى الآية والخبر ، أيها

شاء فعل ، لأنه أمر بها بلفظ التخيير . ولا فرق في ذلك بين المعذور وغيره والعامد والمخطئ . وهو مذهب مالك والشافعي ، وعن أحمد : أنه إذا حلق لغير عذر فعليه الدم ، من غير تخيير ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأن الله تعالى خير بشرط العذر ، فإذا عدم الشرط وجب زوال التخيير .

ولنا أن الحكم ثبت في غير المعذور بطريق التنبيه تبعاً له والتبع لا يخالف أصله ، ولأن كل كفارة ثبت التخيير فيها إذا كان سببها مباحاً ثبت كذلك إذا كان محظوراً كجزاء الصيد ، ولا فرق بين قتله للضرورة إلى أكله أو لغير ذلك وإنما الشرط لجواز الحلق لا التخيير .

الفصل الرابع . القدر الذي يجب به الدم : أربع شعرات فصاعداً : وفيه رواية أخرى : يجب في الثلاث مافي حلق الرأس ، قال القاضي : هو المذهب وهو قول الحسن وعطاء وابن عيينة والشافعي وأبي ثور ، لأنه شعر آدمي يقع عليه اسم الجمع المطلق ^(١) مجاز أن يتعلق به الدم كالربع .

وقال أبو حنيفة . لا يجب الدم بدون ربع الرأس ، لأن الربع يقوم مقام الكل ولهذا إذا رأى رجلاً يقول . رأيت فلاناً ؛ وإنما رأى إحدى جهاته ، وقال مالك إذا حلق من رأسه ما أماط به الأذى وجب الدم ، ووجه كلام الحرق أن الأربع كثير ، فوجب به الدم كالربع فصاعداً ، أما الثلاثة فهي آخر القلة ، وآخر الشيء منه : فأشبه الشعرة والشعرتين ، والاستدلال بأن الربع يقع عليه اسم الكل غير صحيح ، فإن ذلك لا يتقيد بالربع ، وإنما هو مجاز يتناول الكثير والقليل .

الفصل الخامس : أن شعر الرأس وغيره سواء في وجوب الفدية ، لأن شعر غير الرأس يحصل بحلقه الترفه والتنظيف ، فأشبه الرأس ؛ فإن حلق من شعر رأسه وبدنه ففي الجميع فدية واحدة وإن كثرت ، وإن حلق من رأسه شعرتين ومن بدنه شعرتين فعليه دم واحد ، هذا ظاهر كلام الحرق واختيار أبي الخطاب ، ومذهب

(١) فيه أن الله تعالى قال (ولا تحلقوا رءوسكم) ولم يقل شعراً ، ومن أزال من رأسه ٣ شعرات أو ٤ لا يقال إنه حلق رأسه لا لغة ولا عرفاً ، فالراجح قول مالك ، لبناؤه على علة النهي .

أكثر الفقهاء ، وذكر أبو الخطاب أن فيها روايتين إحداهما كما ذكرنا (والثانية) إذا قلع من شعر رأسه وبأنه ما يجب الدم بكل واحد منهما منفرداً ففيهما دمان ، وهو الذي ذكره القاضي وابن عقيل ، لأن الرأس يخالف البدن بحصول التحلل به دون البدن .

ولنا أن الشعر كله جنس واحد في البدن ، فلم تعدد الفدية فيه باختلاف مواضعه كسائر البدن وكاللباس ، ودعوى الاختلاف تبطل باللباس ، فإنه يجب كشف الرأس دون غيره : والجزاء في اللبس فيهما واحد .

الفصل السادس : أن الفدية الواجبة بحلق الشعر : هي المذكورة في حديث كعب بن عجرة بقول النبي صلى الله عليه وسلم « أحلق رأسك وصم ثلاثة أيام ، أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع ، أو انسك شاة ، وفي لفظ « أو أطعم فرقا بين ستة مساكين ، متفق عليه ، وفي لفظ « أو أطعم ستة مساكين بين كل مسكينين صاع ، وفي لفظ « فصم ثلاثة أيام ، وإن شئت فنصدق بثلاثة أصع من تمر بين ستة مساكين ، رواه كله أبو داود ، وهذا قال مجاهد والنخعي وأبو مجلز والشافعي ومالك وأصحاب الرأي ، وقال الحسن وعكرمة ونافع : الصيام عشرة أيام ، والصدقة على عشرة مساكين ، ويرى ذلك عن الثوري وأصحاب الرأي ؛ قالوا : يجرىء من البر نصف صاع لكل مسكين ، ومن التمر والشعير : صاع صاع . واتباع السنة أولى .

(فصل)

ويجرىء البر والشعير والزبيب في الفدية ، لأن كل موضع أجزأ فيه التمر أجزأ فيه ذلك كالفطرة وكفارة اليمين ، وقد روى أبو داود في حديث كعب بن عجرة قال « فدعاني رسول الله (ص) فقال لي . أحلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين فرقا من زبيب ، أو انسك شاة ، رواه أبو داود ، ولا يجرىء من هذه الأصناف أقل من ثلاثة أصع إلا البر ففيه روايتان :

أحدهما : مد من بر لكل مسكين ، مكان نصف صاع من غيره كما في كفارة اليمين . والثانية . لا يجرىء الا نصف صاع ، لأن الحكم ثبت فيه بطريق التنبيه أو القياس ، والفرع يماثل أصله ولا يخالفه ، وهذا قال مالك والشافعي .

(فصل)

وإذا حلق ثم حلق فالواجب فدية واحدة ما لم يكفر عن الأول قبل فعل الثاني فإن كفر عن الأول ثم حلق ثانيا فعليه للثاني كفارة أيضا ، وكذلك الحكم فيما إذا لبس ثم لبس أو تطيب ثم تطيب أو كرر من محظورات الإحرام اللاتي لا يزيد الواجب فيها بزيادتها ولا يتقدر بقدرها فأما ما يتقدر الواجب بقدره ، وهو إتلاف الصيد ، ففي كل واحد منها جزاؤه ، سواء فعله مجتمعا أو متفرقا ولا يتداخل فيه ففعل المحظورات متفرقا كفعلها مجتمعة في الفدية ما لم يكفر عن الأول قبل فعل الثاني ، وعن أحمد : أنه إن كرره لأسباب مثل أن لبس للبرد ثم لبس للحر ثم لبس للبرص فكفارات ، وإن كان لسبب واحد فكفارة واحدة ، وقد روى عنه الأثرم فيمن لبس قيصاً وجبة وعمامة وغير ذلك لعلة واحدة ، قلت له : فإن اعتل فلبس جبة ، ثم برأ ثم اعتل فلبس جبة ؟ فقال : هذا الآن عليه كفارتان : وعن الشافعي كقولنا ، وعنه لا يتداخل ، وقال مالك : تتداخل كفارة الوطء دون غيره ، وقال أبو حنيفة : إن كرره في مجلس واحد فكفارة واحدة ، وإن كان في مجالس فكفارات ، لأن حكم المجلس الواحد حكم الفعل الواحد بخلاف غيره ولنا أن ما يتداخل إذا كان بعضه عقيب بعض يجب أن يتداخل ، وإن تفرق كالحذود وكفارة الإيمان ، ولأن الله تعالى أوجب في حلق الرأس فدية واحدة ، ولم يفرق بين ما وقع في دفعة أو في دفعات ، والقول بأنه لا يتداخل غير صحيح : فإنه إذا حلق رأسه لا يمكن إلا شيئا بعد شيء .

(فصل) فأما جزاء الصيد فلا يتداخل ، ويجب في كل صيد جزاؤه ، سواء وقع متفرقا أو في حال واحدة ، وعن أحمد : أنه يتداخل ، قياسا على سائر المحظورات ، ولا يصح ، لأن الله تعالى قال (٥ : ٩٦) جزاء مثل ما قتل من النعم) ومثل الصيدين لا يكون أحدهما ، ولأنه لو قتل صيدين دفعة واحدة وجب جزاؤهما فإذا تفرقا أولى أن يجب ، لأن حالة التفريق لا تنقص عن حالة الاجتماع كسائر المحظورات .

(فصل) إذا حلق المحرم رأس حلال أو قلم أظفاره فلا فدية عليه ، وبذلك قال عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، وقال سعيد بن

جبير في محرم قص شارب حلال : يتصدق بدرهم : وقال أبو حنيفة : يلزمه صدقة لأنه أتلف شعر آدمي ، فأشبه شعر المحرم .

ولنا أنه شعر مباح الاقلال ، فلم يجب بإتلافه شيء كشعر بهيمة الأنعام .

(فصل) وإن حلق محرم رأس محرم بأذنه فالفدية على من حلق رأسه ، وكذلك إن حلقه حلال بأذنه ، لأن الله تعالى قال : ولا تحلقوا رؤوسكم (وقد علم أن غيره هو الذي يحلقه فأضاف الفعل إليه وجعل الفدية عليه ، وإن حلقه مكرها أو نائما فلا فدية على الملقوق رأسه ، وبهذا قال إسحاق وأبو ثور وابن القاسم صاحب مالك وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة : على الملقوق رأسه الفدية وعن الشافعي كالمذهبين .

ولنا أنه يحلق رأسه ولم يحلق بأذنه : فأشبه ما لو انقطع الشعر بنفسه .

إذا ثبت هذا : فإن الفدية على الحالق حراما كان أو حلالا ، وقال أصحاب الرأي : على الحلال صدقة ، وقال عطاء : عليهما الفدية .

ولنا أنه أزال ما منع من إزالته لأجل الإحرام ، فكانت عليه فديته كالمحرم يحلق رأس نفسه .

(فصل) إذا قلع جلدة عليها شعر فلا فدية عليه ، لأنه زال تابعا لغيره والتابع لا يضمن ، كما لو قلع أشفار عيني إنسان فإنه لا يضمن أهدابها .

(فصل) وإذا خلل شعره فسقطت شعرة ، فإن كانت ميتة فلا فدية فيها ، وإن كانت من شعره النابت ففيها الفدية وإن شك فيها فلا فدية فيها ، لأن الأصل نفي الضمان إلى أن يحصل يقين .

مسألة ، قال (وفي كل شعرة من الثلاث : مد من طعام)

يعني إذا حلق دون الأربع فعليه في كل شعرة مد من طعام ، وهذا قول الحسن وابن عينة والشافعي فيما دون الثلاث ، وعن أحمد : في الشعرة درهم ، وفي الشعرين درهمان ، وعنه في كل شعرة قبضة من طعام ، وروى ذلك عن عطاء ونحوه عن مالك وأصحاب الرأي قال مالك : عليه فيما قل من الشعر إطعام طعام وقال أصحاب الرأي : يتصدق بشيء ، لأنه لا تقدير فيه ، فيجب فيه أقل ما يقع

عليه اسم الصدقة ، وعن مالك فيمن أزال شعراً : لا ضمان عليه لأن النص إنما أوجب الفدية في حلق الرأس كله ، فألحقنا به ما يقع عليه اسم الرأس .

ولنا أن ما ضمننت جلته ضمننت أبعاضه كالصيد ، والأولى : أن يجب الإطعام لأن الشارع إنما عدل عن الحيوان إلى الطعام في جزاء الصيد ، وههنا أوجب الإطعام مع الحيوان على وجه التخيير ، فيجب أن يرجع إليه فيما لا يجب فيه الدم ، ويجب مد لأنه أقل ما وجب بالشرع فدية فكان واجباً في أقل الشعر ، والطعام الذي يجزى فيه إخراجاً وهو ما يجزى في حلق الرأس ابتداء من البر والشعر والتمر والزبيب كالذي يجب في الأربع .

(فصل) ومن أبيع له حلق رأسه لأذى به فهو مخير في الفدية قبل الحلق وبعده ، نص عليه أحمد ، لما روى أن الحسين بن علي اشتكى رأسه ، فأتى على فقيل له : هذا الحسين يشير إلى رأسه . فدعا بجزور ففترها ثم حلقه وهو بالسعياء ، رواه أبو إسحاق الجوزجاني ، ولأنها كفارة لجواز تقديدها على وجوبها ككفارة الظهار واليمين .

مسألة ، قال (وكذلك الأظفار)

قال ابن المنذر : وأجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من أخذ أظفاره وعليه الفدية بأخذها في قول أكثرهم ، وهو قول حماد ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وروى ذلك عن عطاء ، وعنه : لا فدية عليه لأن الشرع لم يرد فيه بفدية .

ولنا أنه أزال ما منع إزالته لأجل الترفه فوجبت عليه الفدية كحلق الشعر ، وعدم النص فيه لا يمنع قياسه عليه ، كشعر البدن مع شعر الرأس ، والحكم في فدية الأظفار كالحكم في فدية الشعر سواء في أربعة منها دم ، وعنه في ثلاثة دم ، وفي الظفر الواحد : مد من طعام ، وفي الظفرين مدان ، على ما ذكرنا من التفصيل والاختلاف فيه ، وقول الشافعي وأبي ثور كذلك ، وقال أبو حنيفة : لا يجب الدم إلا بتقليم أظفار يد كاملة حتى لو قلم من كل يد أربعة لا يجب عليه الدم لأنه لم يستكمل منفعة اليد أشبه الظفر والظفرين .

ولنا أنه قلم ما يقع عليه اسم الجمع أشبه ما لو قلم خسا من يد واحدة ، وما قالوه
يطل بنا إذا حلق ربيع رأسه فإنه لم يستوف منفعة العضو ويجب به الدم ، وقولهم
يؤدي إلى أن يجب به الدم في القليل دون الكثير .

إذا ثبت هذا فإنه بتخير من قلم ما يجب به الدم بين الثلاثة أشياء كما قلنا في
الشعر لأن الإيجاب في الأظفار بالإلحاق بالشعر فيكون حكم الفرع حكم أصله ،
ولا يجب فيما دون الأربعة أو الثلاثة بقسطه من الدم لان العبادة إذا وجب فيها
الحيوان لم يجب فيها جزء منه كالزكاة .

(فصل) وفي قصر بعض الظفر ما في جميعه ، وكذلك في قطع بعض الشعرة
مثل ما في قطع جميعها لان الفدية تجب في الشعرة والظفر سواء أطال أو قصر وليس
يمتد بمساحة فيتقدر الضمان عليه بل هو كالوضحة يجب في الصغيرة منها مثلاً يجب
في الكبيرة ، وخرج ابن عقيل وجها : أنه يجب بحساب المتلف ، كالإصبع يجب
في أمتلتها ثلث ديتها ، والله أعلم .

« مسأله ، قال (وإن تطيب المحرم عامداً غسل الطيب وعليه دم ؛ وكذلك
إن لبس المخيط أو الحف عامداً وهو يجد النعل خلع وعليه دم) »

لا خلاف في وجوب الفدية على المحرم إذا تطيب أو لبس عامداً لانه ترفه
بمحظور في إحرامه ، فلزمته الفدية كما لو ترفه بحلق شعره أو قلم ظفره ، والواجب
عليه : أن يفديه بدم ، ويستوى في ذلك قليل الطيب وكثيره ، وقليل اللبس
وكثيره . وبذلك قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجب الدم إلا بتطيب عضو
كامل وفي اللباس بلباس يوم وليلة ، ولا شيء فيما دون ذلك لانه لم يلبس لباساً
معتاداً فأشبه ما لو ائتزr بالقميص .

ولنا أنه متى حصل به الاستمتاع بالمحظورات فاعتبر مجرد الفعل كالوطء
محظوراً فلا تتم قدر فديته بالزمن كسائر المحظورات ، وما ذكره غير صحيح فإن
الناس يختلفون في اللبس في العادة ، ولأن ما ذكره تقدير ، والتقديرات بابها
التوقيف ، وتقديرهم بعضو ويوم وليلة تحكم محض ، وأما إذا ائتزr بقميص فليس
ذلك بلبس مخيط ولهذا لا يحرم عليه والمختلف فيه محرم .

فصل

ويلزمه غسل الطيب وخلع اللباس لأنه فعل محظوراً فيلزمه ازالته وقطع استدامته كسائر المحظورات ، والمستحب أن يستعين في غسل الطيب بحلال لئلا يباشر المحرم الطيب بنفسه ، ويجوز أن يليه بنفسه ولا شيء عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للذي رأى عليه طيباً أو خلوقاً اغسل عنك الطيب ، ولأنه تارك له فإن لم يجد ما يغسله به مسحه بمحرقه أو حكه بتراب أو ورق أو حشيش لأن الذي عليه ازالته بحسب القدرة ، وهذا نهاية قدرته .

(فصل) إذا احتاج الى الوضوء وغسل الطيب ومعه ماء لا يكفي الا أحدهما قدم غسل الطيب ؛ ويتمم للحدث لأنه لا رخصة في ابقاء الطيب وفي ترك الوضوء الى التيمم رخصة فإن قدر على قطع رائحة الطيب بغير الماء فعل وتوضأ لأن المقصود من ازالة الطيب قطع رائحته ، فلا يتعين الماء والوضوء بخلافه .

(فصل) إذا لبس قميصاً وعمامة وسراويل وخفين لم يكن عليه الا فدية واحدة لأنه محظور من جنس واحد فلم يجب فيه أكثر من فدية واحدة كالطيب في بدنه ورأسه ورجليه .

(فصل) وإن فعل محظوراً من أجناس خلق ولبس وتطيب ووطى فعليه لكل واحد فدية ، سواء فعل ذلك مجتمعاً أو متفرقاً ؛ وهذا مذهب الشافعي . وعن أحمد : أن في الطيب واللبس والخلق فدية واحدة ، وإن فعل ذلك واحداً بعد واحد فعليه لكل واحد دم ؛ وهو قول اسحاق ، وقال عطاء وعمر بن دينار : إذا خلق ثم احتاج الى الطيب أو الى قلنسوة أو اليها ففعل ذلك فليس عليه الا فدية ، وقال الحسن : ان لبس القميص وتعمم وتطيب فعل ذلك جميعاً فليس عليه الا كفارة واحدة ، ونحو ذلك عن مالك .

ولنا أنها محظورات مختلفة الاجناس فلم تتداخل أجزاؤها كالحُدود المختلفة والايان المختلفة وعكسه ما إذا كان من جنس واحد .

مسألة ، قال وإن لبس أو تطيب ناسياً فلا فدية عليه ، ويخلع اللباس ويغسل الطيب ، وينزع الى التلبية)

المشهور في المذهب : أن المتطيب أو اللابس ناسياً أو جاهلاً لا فدية عليه ،

وهو مذهب عطاء والثوري واسحاق وابن المنذر ، وقال أحمد قال سفيان : ثلاثة في الجمل والنسيان سواء : إذا أتى أهله وإذا أصاب صيداً وإذا حلق رأسه ، قال أحمد : وإذا جامع أهله بطل حججه لأنه شيء لا يقدر على رده ، والصيد إذا قتله فقد ذهب لا يقدر على رده ، والشعر إذا حلقه فقد ذهب ، فهذه الثلاثة العمد والخطأ والنسيان فيها سواء ، وكل شيء من النسيان بعد الثلاثة فهو يقدر على رده مثل إذا غطى المحرم رأسه ثم ذكر ألقاه عن رأسه وليس عليه شيء ، أو لبس خفا نزعها وليس عليه شيء ، وعنه رواية أخرى : أن عليه الفدية في كل حال ، وهو مذهب مالك والليث والثوري وأبي حنيفة ، لأنه هتك حرمة الإحرام ، فاستوى عمده وسهوه كحلق الشعر وتقليم الأظفار .

ولنا عموم قوله عليه السلام « عني لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وروى يعلى بن أمية « أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم وهو بالجرأة وعليه جبة ، وعليه أثر خلوق ، أو قال : أثر صفرة ، فقال : يا رسول الله ، كيف تأمرني أن أصنع في عمرتي ؟ قال : « اخلع عنك هذه الجبة واغسل عنك أثر هذا الخلوق — أو قال — أثر الصفرة واصنع في عمرتك ما تصنع في حجك » متفق عليه ، وفي لفظ قال : يا رسول الله ، أحرمت بالعمرة وعلى هذه الجبة ، فلم يأمره بالفدية مع مسألته عما يصنع . وتأخير البيان عن وقت الحاجة غير جائز إجماعاً ، دل على أنه عذره لجهله ، والجاهل والناسي واحد ، ولأن الحج عبادة يجب بإفسادها الكفارة ، فكان من محظوراته أنه ما يفرق بين عمده وسهوه كالصوم ، فأما الحلق وقتل الصيد فهو إلتلاف لا يمكن رد تلافيه بإزالته .

إذا ثبت هذا : فإن الناسي متى ذكر فعله غسل الطيب وخلع اللباس في الحال فإن أخر ذلك عن زمن الامكان فعليه الفدية .

فإن قيل : فلم لا يجوز له استدامة الطيب ههنا كالذي يتطيب قبل إحرامه . قلنا لأن ذلك فعل مندوب إليه ، فكان له استدামته ، وههنا هو محرم وإنما سقط حكمه بالنسيان أو الجمل فإذا زال ظهر حكمه ، وإن تعذر عليه إزالته لا كراه أو علة ولم يجد من يزيله وما أشبه ذلك فلا فدية عليه ، وجرى مجرى المكروه على الطيب ابتداء .

وحكم الجاهل إذا علم حكم الناسى إذا ذكر ، وحكم المكروه حكم الناسى ، فإن ما عفى عنه بالنسيان عفى عنه بالاكرام لأنها قرينان فى الحديث الدال على العفو عنها .

وقول الخرقى « ينزع الى التلبية ، أى يلبى حين ذكر استذكاراً للحج أنه نسيه استشعاراً بإقامته عليه ورجوعه اليه ، وهذا قول يروى عن ابراهيم النخعى .

« مسألة ، قال (ولو وقف بعرفة نهاراً أو دفع قبل الامام فعليه دم)

وجملة ذلك : أن من وقف بعرفة يوم عرفة نهاراً وجب عليه الوقوف الى غروب الشمس ، ليجمع بين الليل والنهار فى الوقوف فإن دفع قبل الغروب ولم يعد حتى غربت الشمس فعليه دم ، وقال الشافعى . لا يجب ذلك ، ولا دم عليه ان دفع قبل الغروب احتجاجاً بحديث عروة بن مضر ، ولأنه أدرك من الوقوف ما أجرأه أشبه ما لو أدرك الليل منفرداً .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم وقف حتى غربت الشمس بغير خلاف وقد قال « خذوا عني مناسككم ، فإذا تركه لزمه دم . لقول ابن عباس ، ولأنه ركن لم يأت به على الوجه المشروع فلزمه دم كما لو أحرم من دون الميقات ، وحديثهم دل على الاجزاء : والكلام فى وجوب الدم ، فأما اذا وقف فى الليل خاصة فإنه يجوز له ولا يلزمه دم . لأن من أدرك الليل وحده لا يمكنه الوقوف نهاراً . فلا يتعين عليه ولا يجب عليه بتركه دم بخلاف من أدرك نهاراً .

وأما قوله : أو دفع قبل الامام : فظاهر أنه أوجب بذلك دماً وإن دفع قبل الغروب ، وقد روى الأثر عن أحمد قال : سمعته يسأل عن رجل دفع قبل الامام من عرفة بعد ما غابت الشمس ؟ فقال . ما وجدت أحداً سهل فيه . كلهم يشدد فيه ، قال : وما يعجبنى أن يدفع الا مع الامام ، وعن عطاء . عليه شاة اذا دفع قبل الامام . قيل . فيدفع من مزدلفة قبل الامام ؟ فقال : المزدلفة عندى غير عرفة وذكر حديث ابن عمر « أنه دفع قبل ابن الزبير ، وغير الخرقى من أصحابنا لم يوجب بذلك شيئاً ، ولا عند الدفع مع الامام من الواجبات . وهو الصحيح فإن اتباع الامام وأفعال الناسك معه ليس بواجب فى سائر مناسك الحج ، فكذا ههنا ، وإنما

وقع دفع الصحابة مع النبي صلى الله عليه وسلم بحكم العادة فلا يدل على الوجوب كالدفع معه من مزدلفة والافاضة من منى ، وغير ذلك ، وليس ذلك فعلا للنبي صلى الله عليه وسلم ، فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم «خذوا عني مناسككم» .

«مسألة ، قال (ومن دفع من مزدلفة قبل نصف الليل من غير الرعاة وأهل سقاية الحاج فعليه دم)

وجملة ذلك : أن المبيت بمزدلفة واجب يجب بتركه دم ، سواء تركه عمدا أو خطأ عالماً أو جاهلاً ، لأنه ترك نسكاً . وللنسيان أثره في ترك الموجود كالمعدوم لا في جعل المعدوم كالموجود ، إلا أنه رخص لأهل السقاية ورعاة الابل في ترك البيوتة ، لأن النبي (ص) رخص للرعاة في ترك البيوتة في حديث عدى ، وأرخص للعباس في المبيت لأجل سقايته ، ولأن عليهم مشقة في المبيت لحاجتهم الى حفظ مواشيهم وسقى الحاج ، فكان لهم ترك المبيت فيها كلياً منى ولائها ليلة يرمى في غدها . فكان لهم ترك المبيت فيها كلياً منى ، وروى عن أحمد . أن المبيت بمزدلفة غير واجب ، ولا شيء على تاركه والاول المذهب .

«مسألة ، قال (ومن قتل وهو محرم من صيد البر ، عامداً أو غطئاً ، فداء بنظيره من النعم ، ان كان المقتول دابة .

في هذه المسألة فصول ستة .

الاول . في وجوب الجزاء على المحرم بقتل الصيد في الجملة ، وأجمع أهل العلم على وجوبه ، ونص الله تعالى عليه بقوله (يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم) ولا نعلم أحداً خالف في الجزاء في قتل الصيد متعمداً الا الحسن ومجاهداً قالاً . اذا قتله متعمداً ذاكر الإحرامه لا جزاء عليه ، وان كان غطئاً أو ناسياً لإحرامه فعليه الجزاء ، وهذا خلاف النص ، فان الله تعالى قال . ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم) والذاكر لإحرامه متعمد ، وقال في سياق الآية (ليدوق وبال أمره) والمخطئ والناسي . لا عقوبة عليهما .

وقتل الصيد نوعان : مباح ومحرم ، فالمحرم قتله ابتداء من غير سبب يبيح قتله ففيه الجزاء ، والمباح ثلاثة أنواع

أحدها أن يضطر إلى أكله ، فيباح له ذلك بغير خلاف نعليه ، فإن الله تعالى قال (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) وترك الأكل مع القدرة عند الضرورة إلقاء يده إلى التهلكة ومتى قتله ضمنه ، سواء وجد غيره أو لم يجد . وقال الأوزاعي لا يضمه لأنه مباح ، أشبه صيد البحر

ولنا عموم الآية ، ولأنه قتله من غير معنى يحدث من الصيد يقتضي قتله فضمنه كغيره ولأنه أتلفه لدفع الأذى عنه لا لمعنى فيه ، أشبه حلق الشعر لأذى برأسه .
(النوع الثاني) إذا صال عليه صيد فلم يفسد على دفعه إلا بقتله فله قتله ولا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو بكر عليه الجزاء . وهو قول أبي حنيفة لأنه قتله لحاجة نفسه ، أشبه قتله لحاجته إلى أكله

ولنا أنه حيوان قتله لدفع شره فلم يضمه كالأدمى الصائل ، ولأنه التحق بالمؤذيات طبعاً فصار كالكلب العقور ، ولا فرق بين أن يخشى منه التلف أو يخشى منه مضرة كجرحه أو إتلاف ماله أو بعض حيواناته .

(النوع الثالث) إذا خلص صيداً من سبع أو شبكة صياد أو أخذه ليخلص من رجله خطأ ونحوه فتلف بذلك فلا ضمان عليه ، وبه قال عطاء ، وقيل عليه الضمان ، وهو قول قتادة لعموم الآية ، ولأن غاية ما فيه أنه عدم القصد إلى قتله فأشبه قتل الخطأ .

ولنا أنه فعل أبيع لحاجة الحيوان فلم يضمن ما تلف به ، كما لو داوى ولي الصبي الصبي فمات بذلك ، وهذا ليس بمتعمد ، فلا تتناوله الآية

(الفصل الثاني) أنه لا فرق بين الخطأ والعمد في قتل الصيد في وجوب الجزاء على إحدى الروايتين ، وبه قال الحسن وعطاء والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . قال الزهري : على المتعمد بالكتاب وعلى المخطئ بالسنة . والرواية الثانية لا كفارة في الخطأ ، وهو قول ابن عباس وسعيد بن جبير وطاوس وابن المنذر وداود ، لأن الله تعالى قال (ومن قتله منكم متعمداً) فدليل خطاب به

أنه لا جزاء على الخطأ. لأن الأصل برائة ذمته فلا يشغلها إلا بدليل ، ولأنه محذور للإحرام لا يفسده ، فيجب التفريق بين خطئه وعمده كاللبس والطيب ووجه الأولى قول جابر « جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في الضبع يصيده المحرم كبشاً ، وقال عليه السلام « في يضر النعام يصيبه المحرم ثمنه . ولم يفرق » رواهما ابن ماجه ، ولأنه ضمان إتلاف استوى عمدته وخطؤه كالأدمى ، (الفصل الثالث) ان الجزاء لا يجب الا على المحرم ، ولا فرق بين إحرام الحج وإحرام العمرة لعموم النص فيهما ، ولا خلاف في ذلك ، ولا فرق بين الاحرام بنفسك واحد وبين الاحرام بنفسكين ، وهو القارن ، لان الله سبحانه وتعالى لم يفرق بينهما .

(الفصل الرابع) ان الجزاء لا يجب الا بقتل الصيد ، لانه الذى ورد به النص بقوله تعالى (لا تقتلوا الصيد) والصيد ما جمع ثلاثة أشياء ، وهو أن يكون مباحاً أكله لا مالك له ممنوعاً ، فيخرج بالوصف الاول كل ما ليس بماكول لا جزاء فيه ، كسباع الهائم والمستخبث من الحشرات والطير وسائر المحرمات ، قال أحمد : إنما جعلت الكفارة في الصيد المحلل أكله ، وقال . كل ما يؤذى إذا أصابه المحرم يؤكل لحمه ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، إلا أنهم أوجبوا الجزاء في المتوادم بين المأكول وغيره ، كالسبع المتوادم من الضبع والذئب ، تغليبا لتحريم قتله ، كما علقوا التحريم في أكله ، وقال بعض أصحابنا : في أم حنين جدى ، وأم حنين دابة متفخخة البطن فهذا خلاف القياس ، فإن أم حنين لا تؤكل لكونها مستخبثة عند العرب حكى أن رجلاً من العرب سأل ما تأكلون ؟ قال ما دب ودرج الا أم حنين فقال السائل ليهن أم حنين العافية ، وإنما تبعوا فيها قضية عثمان رضى الله عنه ، فإنه قضى فيها بحلاق ، وهو الجدى ، والصحيح أنه لا شيء فيها وفى القمل روايتان ذكرناهما فيما مضى ، والصحيح أنه لا شيء فيه لأنه غير مأكول ، وهو من المؤذيات ولا مثل له ولا قيمة

قال ميمون بن مهران كنت عند عبد الله بن عباس « فسأله رجل فقال أخذت قلة فآلتيتها ثم طلبتها فلم أجدها ، فقال ابن عباس تلك ضالة لا تبتغى ، وقال القاضي إنما الروايتان فيما أزاله من شعره ، فأما ما ألقاه من ظاهر بدنه

أو ثوبه فلا شيء عليه، رواية واحدة، ومن أوجب فيه الجزاء قال أي شيء تصدق به فهو خير، واختلفت الرواية في الثعلب، فعنه فيه الجزاء، وبه قال طاوس وقتادة ومالك والشافعي. وقال هو صيد يؤكل وفيه الجزاء

وعن أحمد لا شيء فيه، وهو قول الزهري وعمرو بن دينار وابن أبي نجيح وابن المنذر واختلف فيه عن عطاء لأنه سبع، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن كل ذي ناب من السباع. وإذا أوجبنا فيه الجزاء ففيه شاة، لأنه روى ذلك عن عطاء، واختلفت الرواية في السنور أهليا كان أو وحشيا. والصحيح أنه لا جزاء فيه؛ وهو اختيار القاضي لأنه سبع. وليس بما كول، وقال الثوري وإسحاق في الوحشي حكومة. ولا شيء في الأهلي. لأن الصيد ما كان وحشيا. واختلفت الرواية في المهدد والصدرد لاختلف الروايتين في إباحتهما وكل ما اختلف في إباحته يختلف في جزائه، فأما ما يحرم. فالصحيح: أنه لا جزاء فيه. لأنه مخالف للقياس ولأنص فيه

(الوصف الثاني) أن يكون وحشيا وما ليس بوحشي لا يحرم على المحرم ذبحه ولا أكله، كهيمة الأنعام كلها والخيل والدجاج ونحوها، لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافا؛ والاعتبار في ذلك بالأصل لا بالحال، فلو استأنس الوحشي وجب فيه الجزاء، وكذلك وجب الجزاء في الحمام أهلية ووحشية اعتباراً بأصله، ولو توحش الأهلي لم يجب فيه شيء.

قال أحمد في بقرة صارت وحشية: لا شيء فيها لأن الأصل فيها الانسي وإن تولد من الوحشي والأهلي ولد ففيه الجزاء تغليبا للتحريم، كقولنا في المتولد بين المباح والمحرم، واختلفت الرواية في الدجاج السندی هل فيه جزاء؟ على روايتين وروى مهنا عن أحمد في البط يذبحه المحرم إذا لم يكن صيداً، والصحيح أنه يحرم عليه ذبحه، وفيه الجزاء لأن الأصل فيه الوحشي فهو كالحمام

(الفصل الخامس) أن الجزاء إنما يجب في صيد البر دون صيد البحر بغير خلاف، لقول الله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم والسيارة، وحرم عليكم صيد البر ما دقم حراماً)

قال ابن عباس: طعامه ما لفظه ولا فرق بين حيوان البحر والملح وبين ما في

الأنهار والعيون ، فإن اسم البحر يتناول الكل ، قال الله تعالى (وما يستوى
البحران هذا عنيب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج ومن كل ثاقلون لحما طريا)
ولأن الله تعالى قابله بصيد البر بقوله (وحرم عليكم صيد البر) فدل على أن
ما ليس من صيد البر فهو من صيد البحر ، وحيوان البحر ما كان يعيش في الماء
ويفرخ ويبيض فيه ، فإن كان بما لا يعيش إلا في الماء كالسمك ونحوه : فهذا مما
لا خلاف فيه ، وإن كان مما يعيش في البر كالسحفاة والسرطان ، فهو كالسمك
لا جزاء فيه . وقال عطاء : فيه الجزاء وفي الضفدع وكل ما يعيش في البر
ولنا أنه يفرخ في الماء ويبيض فيه فكان من حيوانه كالسمك ، فأما طير الماء
ففيه الجزاء في قول عامة أهل العلم ، منهم الأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي
وغيرهم ، لا نعلم فيه مخالفا ، غير ما حكى عن عطاء أنه قال . حيثما يكون أكثر
فهو من صيده

ولنا أن هذا إنما يفرخ في البر ويبيض فيه ، وإنما يدخل المساء ليعيش فيه
ويكتسب منه ، فهو كالصيد من الأدميين

واختلفت الرواية في الجراد فتنه هو من صيد البحر لا جزاء فيه ، وهو
مذهب أبي سعيد ، قال ابن المنذر : قال ابن عباس وكعب : هو من صيد البحر .
وقال عروة ، هو نثرة حوت

وروى عن أبي هريرة قال : أصابنا ضرب من جراد فكان رجل منا يضرب
بسوطه وهو محرم ، فقيل إن هذا لا يصلح ، فذكر ذلك النبي صلى الله عليه وسلم
فقال « هذا من صيد البحر » وعنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الجراد
من صيد البحر » رواهما أبو داود

وروى عن أحمد أنه من صيد البر وفيه الجزاء ، وهو قول الأكثرين ، لما
روى أن عمر رضي الله عنه قال لكعب في جرادتين « ما جعلت في نفسك ؟ قال
درهمان ، قال بخ ، درهمان خير من مائة جرادة » رواه الشافعي في مسنده ، ولأنه
طير يشاهد طيرانه في البر ويهلكه الماء إذا وقع فيه فأشبهه العصفير ، فأما الحديثان
الذان ذكرناهما للرواية الأولى فوهم ، قاله أبو داود

فعلى هذا يضمنه بقيمته لانه لا مثل له ، وهذا قول الشافعي ، وعن أحمد

يتصدق بتمرة عن الجرادة ، وهذا يروى عن عمر وعبد الله بن عمر ، وقال ابن عباس قبضة من طعام .

قال القاضي : هذا محمول على أنه أوجب ذلك على طريق القيمة ، والظاهر أنهم لم يريدوا بذلك التقدير ، وإنما أرادوا أن فيه أقل شيء ، وإن اقترش الجراد في طريقه فقتله بالمشى عليه على وجه لم يمكنه التحرز منه ففيه وجهان : أحدهما : وجوب جزائه لأنه ألتفه لنفع نفسه فضمنه ، كالمضطر يقتل صيداً يأكله .

والثاني لا يضمنه لأنه اضطره إلى إلتافه ، أشبه ما لو صال عليه (الفصل السادس) أن جزاء ما كان دابة من الصيد نظيره من النعم ، هذا قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي : وقال أبو حنيفة : الواجب القيمة ، ويجوز فيها المثل ، لأن الصيد ليس بمثل

ولنا قول الله تعالى (فجاء مثل ما قتل من النعم) وجعل النبي صلى الله عليه وسلم في الضبع كبشاً ، وأجمع الصحابة على إيجاب المثل ، فقال عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية ، في النعامة بدنة ، وحكم أبو عبيدة وابن عباس ، في حمار الوحش بدنة ، وحكم عمر فيه ببقرة ، وحكم عمر وعلي في الظبي بشاة ، وإذا حكموا بذلك في الأزمنة المختلفة والبلدان المتفرقة دل ذلك على أنه ليس على وجه القيمة ، ولأنه لو كان على وجه القيمة لاعتبروا صفة المتلف التي تختلف بها القيمة إما برؤية أو أخبار ، ولم ينقل عنهم السؤال عن ذلك حال الحكم ولأنهم حكموا في الحمام بشاة ، ولا يبلغ قيمة شاة في الغالب

إذا ثبت هذا فليس المراد حقيقة المماثلة فإنها لا تتحقق بين النعم والصيد لكن أريدت المماثلة من حيث الصورة ، والمتلف من الصيد قسمان أحدهما قضت فيه الصحابة فيجب فيه ما قضت ، وبهذا قال عطاء والشافعي وإسحاق ، وقال مالك : يستأنف الحكم فيه ، لأن الله تعالى قال (يحكم به ذوا عدل منكم)

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم »

وقال : اقتدوا بالذين من بعدي أبي بكر وعمر ، ولأنهم أقرب إلى الصواب وأبصر بالعلم ، فكان حكمهم حجة على غيرهم كالعلم مع العاقل ، والذي بلغنا قضاءهم في الضبع كبش ، قضى به عمر وعلي وجابر وابن عباس ، وفيه عن جابر : أن النبي (ص) جعل في الضبع يصيدها المحرم كبشا ، رواه أبو داود وابن ماجه وروى عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : في الضبع : كبش إذا أصاب المحرم ، وفي الظبي شاة ، وفي الأرنب عناق ، وفي اليربوع جفرة .

وقال أبو الزبير : الجفرة التي قد قطعت ورعت رواه الدارقطني ، قال أحمد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في الضبع بكبش ، وبه قال عطاء والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الأوزاعي : إن كان العلماء بالشام يعدونها من السباع ويكرهون أكلها ، وهو القيساس ، إلا أن اتباع السنة والآثار أولى ، وفي حمار الوحش : بقرة ، روى ذلك عن عمر رضي الله عنه ، وبه قال عروة ومجاهد والشافعي ، وعن أحمد : فيه بدنة : روى ذلك عن أبي عبيدة وابن عباس ، وبه قال عطاء والنخعي ، وفي بقرة الوحش بقرة ، روى ذلك عن ابن مسعود وعطاء وعروة وقتادة والشافعي ، والإبل فيه بقرة . قاله ابن عباس

قال أصحابنا : في الوعل والتبثل بقرة كالإبل ، والآروى فيه بقرة ، قال ذلك ابن عمر ، قال القاضي : فيها عصب ، وهي من أولاد البقر : ما بلغ أن يقبض على قرنه ولم يبلغ أن يكون جذعا : وحكى ذلك عن الأزهري : وفي الظبي شاة ، ثبت ذلك عن عمر ، وروى عن علي ، وبه قال عطاء وعروة والشافعي وابن المنذر ولا نحفظ عن غيرهم خلافهم : وفي الوبر : شاة روى ذلك عن مجاهد وعطاء ، وقال القاضي فيه جفرة ، لأنه ليس بأكبر منها ، وكذلك قال الشافعي . إن كانت العرب تأكله ، والجفرة من أولاد المعز ، ما أتى عليها أربعة أشهر وفصلت عن أمها ، والذكر جفر ، وفي اليربوع : جفرة ، قال ذلك عمر رضي الله عنه .

وروى ذلك عن ابن مسعود . وبه قال عطاء والشافعي وأبو ثور ، وقال النخعي فيه ثمنه ، وقال مالك : قيمته طعاما ، وقال عمرو بن دينار : ما سمعنا أن الضب واليربوع يؤذيان : واتباع الآثار أولى ، وفي الضب : جدى قضى به عمر وأريد ، وبه قال الشافعي .

وعن أحمد فيه شاة : لأن جابر بن عبد الله وعطاء قالوا فيه ذلك ، وقال بجاهد حفنة من طعام ، وقال قتادة صاح ، وقال مالك قيمته من الطعام والأول أولى ، فإن قضاء عمر أولى من قضاء غيره . والجدي أقرب إليه من الشاة ، وفي الأثر عن عناق ، قضى به عمر ، وبه قال الشافعي ، وقال ابن عباس . فيه حمل ، وقال عطاء فيه شاة ، وقضاء عمر أولى ، والعناق الأثني من ولد المعز في أول سنة والذكر جدي (والقسم الثاني) ما لم تقض فيه الصحابة ، فيرجع إلى قول عدلين من أهل الخبرة لقول الله تعالى (يحكم به ذوا عدل منكم) فيحكمان فيه بأشبه الأشياء به من النعم من حيث الخلقة لا من حيث القيمة ، بدليل أن قضاء الصحابة لم يكن بالمثل في القيمة وليس من شرط الحكم أن يكون فقيها ، لأن ذلك زيادة على أمر الله تعالى به ، وقد أمر عمر أن يحكم في الضب ، ولم يسأل أفضيه هو أم لا ؟ لكن تعتبر العدالة لأنها منصوص عليها ، ولأنها شرط في قبول القول على الغير في سائر الأمكن ، وتعتبر الخبرة لانه لا يتمكن من الحكم بالمثل إلا من له خبرة ، ولأن الخبرة بما يحكم به شرط في سائر الأحكام ، ويجوز أن يكون القاتل أحد العدلين : وبهذا قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وقال النخعي . ليس له ذلك لأن الإنسان لا يحكم لنفسه .

ولنا عموم قوله تعالى (يحكم به ذوا عدل منكم) والقاتل مع غيره ذوا عدل منا ، وقد روى سعيد في سننه والشافعي في مسنده عن طارق بن شهاب قال « خرجنا حجاجاً . فأوطأ رجل منا ، يقال له أريد . ضبا ، فغرز ظهره ، فقدمنا على عمر رضي الله عنه : فسألنا أريد ؟ فقال له . احكم يا أريد فيه ، قال . أنت خير مني يا أمير المؤمنين . قال إنما أمرتك أن تحكم ، ولم أمرك أن تركيني ، فقال أريد أرى فيه جدياً قد جمع الماء والشجر : قال عمر فذلك فيه ، فأمره عمر أن يحكم فيه وهو القاتل ، وأمر أيضاً كعب الأحبار أن يحكم على نفسه في الجرادتين اللتين صادهما وهو محرم ، ولأنه مال يخرج في حق الله تعالى ، فجاز أن يكون من وجب عليه أمينا فيه كالزكاة .

(فصل) قال أصحابنا في كبير الصيد مثله من النعم ، وفي الصغير : صغير ، وفي الذكر : ذكر ، وفي الأثني : أثني ، وفي الصحيح صحيح ، وفي المعيب معيب

وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : في الصغير كبير ، وفي المعيب صحيح ، لأن الله تعالى قال : هديا بالغ الكعبة) ولا يحزى في الهدى صغير ولا معيب ولا ثمنها كفارة متعلقة بقتل حيوان ، فلم تختلف بصغيره وكبيره كقتل الأدمى .

ولنا قول الله تعالى (فجزاء مثل ما قتل من النعم) ومثل الصغير صغير ، ولأن ما ضمن باليد والجناية اختلف صماته بالصغر والكبر كالبهيمة ، والهدى في الآية معتبرة بالمثل ، وقد أجمع الصحابة على الضمان بما لا يصح هديا كالجفرة والعناق والجدى ، وكفارة الأدمى ليست بدلا عنه ، ولا تجزى مجرى الضمان ، بدليل أنها لا تتبع في أبعاضه ، فإن فدى المعيب بصحيح فهو أفضل ، وإن فداه بمعيب مثله جاز ، وإن اختلف العيب ، مثل أن فدى الأعرج بأعور ، والأعور بأعرج لم يحز لأنه ليس بمثله ، وإن فدى أعور من إحدى العينين بأعور من أخرى أو أعرج من قائمة بأعرج من أخرى جاز ، لأن هذا اختلاف يسير ، ونوع العيب واحد ، وإذا اختلف محله ، وإن فدى الذكر بأنثى جاز ، لأن لحمها أطيب وأرطب ، وإن فداها بذكر جاز في أحد الوجهين ، لأن لحمه أوفر فقساويا : والآخر لا يجوز : لأن زيادته عليها ليس هي من جنس زيادتها ، فأشبه فداء المعيب من نوع بمعيب من نوع .

فصل

فإن قتل ما خضا ، فقال القاصي : يضمها بقيمة مثلها ، وهو مذهب الشافعي لأن قيمته أكثر من قيمة لحمه : وقال أبو الخطاب : يضمها بما خض مثلها ، لأن الله تعالى قال (٥ ، ٩٦ فجزاء مثل ما قتل من النعم) وإيجاب القيمة عدول عن المثل مع إمكانه ، فإن فداها بغير ما خض احتمل الجواز ، لأن هذه الصفة لا تزيد في لحمها بل ربما نقصها ، فلا يشترط وجودها في المثل كاللون والعيب ، وإن جنى على ما خض فأثلف جنيها وخرج ميتا فيه ما نقصت أمه كما لو جرحها ، وإن خرج حيا لوقت يعيش لمثله ثم مات ضمنه بمثله ، وإن كان لوقت لا يعيش لمثله فهو كالميت كجنين الأدمية .

(فصل) وإن أثلف جزءا من الصيد وجب صماته ، لأن جملته مضمونة ، فكان بعضه مضمونا كالأدمى والأموال ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال

ولا يضر صيدها ، فالجرح أولى بالأي . والنهي يقتضي تحريمه ، وما كان محرماً من الصيد وجب ضمانه كنفسه ، ويضمن بمثله من مثله في أحد الوجهين ، لأن ما وجب ضمان جملته بالمثل وجب في بعضه مثله كالمكيلات ، والآخر يجب قيمة مقداره من مثله ، لأن الجزاء يشق إخراجه فيمنع إيجابه ، ولهذا عدل الشارع عن إيجاب جزء من بعير في خمس من الإبل إلى إيجاب شاة من غير جنس الإبل والاول أولى ، لأن المشقة هنا غير ثابتة لوجود الخيرة له في العدول عن المثل إلى عدله من الطعام أو الصيام فينبغي المانع ، فيثبت مقتضى الأصل ، وهذا إذا اندمل الصيد ممتنعاً : فإن اندمل غير ممتنع ضمنه جميعه ، لأنه عطله فصار كالتالف ، ولأنه مفضل إلى تلفه ، فصار كالجرح له جرحاً يتيقن به موته ، وهذا مذهب أبي حنيفة ويتخرج أن يضمنه بما نقص ، لأنه لا يضمن ما لم يتلف ، ولم يتلف جميعه ، بدليل ما لو قتل محرم آخر لزمه الجزاء .

ومن أصلنا : أن على المشتركين جزاء واحد وضمائنه بجزاء كامل يفضى إلى إيجاب جزأين ، وإن غاب غير مندمل ولم يعلم خبره والجراحه موجبة فعليه ضمان جميعه كما لو قتله ، وإن كانت غير موجبة فعليه ضمان ما نقص ، ولا يضمن جميعه لاتا لا نعلم حصول التلف بفعله فلم يضمن . كما لو رمى سهماً إلى صيد فلم يعلم أوقع به أم لا .

وكذلك إن وجده ميتاً ولم يعلم أمارات من الجناية أم من غيرها ، ويحتمل أن يلزمه ضمانته هنا ، لأنه وجد سبب اتلافه منه ، ولم يعلم له سبب آخر ، فوجب إحالة على السبب المعلوم كما لو وقع في الماء نجاسة فوجده متغيراً تغيراً يصلح أن يكون منها ، فأتينا بحكم نجاسته .

وكذلك لو رمى صيداً فغاب عن عينه ثم وجده ميتاً لا أثر به غير سهمه حل أكله ، وإن صيرته الجناية غير ممتنع فلم يعلم أصار ممتنعاً أم لا ، فعليه ضمان جميعه لأن الأصل عدم الامتناع .

(فصل) وإذا جرح صيداً فتحامل ، فوقع في شيء تلف به ضمنه ، لأنه تلف بسببه ، وكذلك إن نفره قتلف في حال نفوره ضمنه ، فإن سكن في مكان وأمن

من نفوره ثم تلف لم يضمه ، وقد ذكرنا وجها آخر . أنه يضمه في المكان الذي انتقل اليه ، لما روى الشافعي في مسنده عن عمر رضي الله عنه « أنه دخل دار الندوة فالتقى رداءه على واقف في البيت ، فوق عليه طير من هذا الحمام فأطاره فوقه على واقف فانهزته حية فقتلته ، فقال لعثمان بن عفان ونافع بن عبد الحارث : اني وجدت في نفسي أني أطرته من منزل كان فيه آمنا الى موقعة كان فيها حنفة ، فقال نافع لعثمان كيف ترى — في عز ثنية عفراء — نحكم بها على أمير المؤمنين ؟ فقال عثمان : أرى ذلك ، فأمر بها عمر رضي الله عنه . »

فصل في

وكل ما يضم به الأدمى يضم به الصيد من مباشرة أو بسبب وما جنت عليه دابته يدها أو فها من الصيد ، فالضمان على راصيها ، أو قائدها ، أو ساتقها ، وما جنت برجلها فلا ضمان عليه ، لأنه لا يمكن حفظ رجلها ، وقال القاضي : يضم السائق جميع جنايتها ، لأن يده عليها ويشاهد رجلها .

وقال ابن عقيل : لا ضمان عليه في الرجل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الرجل جبار » ، وإن انقلبت فألتفت صيداً لم يضمه ، لأنه لا يده له عليها ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « العجاء جبار » .

وكذلك لو ألتفت آدمياً لم يضمه ولو نصب المحرم شبكة أو حفر بئراً ، فوقع فيها صيد ضمنه لأنه بسببه ، كما يضم الأدمى ، إلا أن يكون حفر البئر بحق ، كحفره في داره أو في طريق واسع ينتفع بها المسلمون فينبغ أن لا يضم ما تلف به كما لا يضم الأدمى ، وإن نصب شبكة قبل إحرامه فوقع فيها صيد بعد إحرامه لم يضمه ، لأنه لم يوجد منه بعد إحرامه تسبب الى اتلافه ، أشبه ما لو صاده قبل إحرامه وتركه في منزله فقتل — بعد إحرامه أو باعه ، وهو حلال فذبحه المشتري .

« مسألة ، قال (وإن كان طائراً فداه بقيمته في موضعه)

قوله « بقيمته في موضعه » ، يعني يجب قيمته في المكان الذي ألتفه فيه لاختلاف بين أهل العلم في وجوب ضمان الصيد من الطير إلا ما حكى عن داود : أنه لا يضم

ما كان أصغر من الحمام ، لأن الله تعالى قال (فجزاء مثل ما قتل من النعم) وهذا لا مثل له .

ولنا عموم قوله تعالى (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) وقيل : في قوله تعالى (ليلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم) يعني الفرخ والبيض ، وما لا يقدر أن يفر من صغار الصيد (فرماحكم) يعني الكبار ، وقد روى عن عمر وابن عباس رضي الله عنهما « أنها حكما في الجراد بجزاء » ودلالة الآية على وجوب جزاء غيره لا يمنع من وجوب الجزاء في هذا بدليل آخر وضمان غير الحمام من الطير قيمته لأن الأصل في الضمان أن يضمن بقيمته أو بما يشتمل عليها بدليل سائر المضمونات لكن تركنا هذا الأصل بدليل ، ففيما عداه تجب القيمة بقضية الدليل وتعتبر القيمة في موضع إلتافه كما لو أتلف مال آدمي في موضع قوم في موضع الإلتاف . كذا هنا

(فصل) ويضمن بيض الصيد بقيمته أى صيد كان ، قال ابن عباس « في بيض النعام قيمته » ، وروى ذلك عن عمر وابن مسعود : وبه قال النخعي والزهري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لأنه يروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « في بيض النعام قيمته » مع أن النعام من ذوات الأمثال فغيره أولى ، ولأن البيض لا مثل له : فيجب قيمته كصغار الطير فإن لم يكن له قيمة لكونه مذرا ، أو لأن فرخه ميت فلا شيء فيه ، قال أصحابنا إلا بيض النعام فإن لقشره قيمة ، والصحيح : أنه لا شيء فيه لأنه إذا لم يكن فيه حيوان ولا ما له إلى أن يصير منه حيوان صار كالأحجار والخشب ، وسائر ما له قيمة من غير الصيد ، ألا ترى أنه لو نقب بيضة فأخرج ما فيها لزمه جزاء جميعها : ثم لو كسرها هو أو غيره لم يلزمه لذلك شيء ، ومن كسر بيضة فخرج منها فرخ حي فعاش فلا شيء فيه ، وإن مات ففيه ما في صغار أولاد المتلف بيضة ، ففي فرخ الحمام صغير أولاد الغنم ، وفي فرخ النعامة حوار ، وفيما عداها قيمته ، ولا يحل لمحرم أكل بيض الصيد إذا كسره هو أو محرم سواه ، وإن كسره حلال فهو كاللحم الصيد إن كان أخذه لأجل المحرم ، لم يباح له أكله وإلا أبيع ، وإن كسر بيض صيد لم يحرم على الحلال لأن حله له لا يقف على كسره ولا يعتبر له أهلية ، بل لو كسره مجوسى أو وثقى أو بغير تسمية

لم يحرم فأشبهه قطع اللحم وطبخه ، وقال القاضي . يحرم على الحلال أكله كاللوزنج
 الصيد لأن كسره جرى مجرى الذبح بدليل حله للحرم بكسر الحلال له ، وإن
 نقل بيض صيد لجعله تحت آخر ، أو ترك مع بيض الصيد بيضا آخر ، أو شيئاً
 نقره عن بيضه حتى فسد فعليه ضمان لأنه تلف بسببه وإن صح وفرخ فلا ضمان
 عليه ، وإن باض الصيد على فراشه فتلغه برفق ففسد فيه وجهان ، بناء على أن
 الجراد إذا انفرش في طريقه فحكم بيض الجراد ، وإن احتلب ابن سبيد ففيه قيمة
 كما لو حلب ابن حيوان منصوب .

(فصل) إذا تنفح ريش طائر ففيه ما نقص ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور
 وأوجب مالك وأبو حنيفة فيه الجزاء جميعه .

والأنا أنه نقصه نقصاً يمكن زواله فلم يضمه بكاله كما لو جرحه فإن حفظه
 وأطعمه وسقاه حتى عاد ريشه فلا ضمان عليه لأن النقص زال فأشبه ما لو اندمل
 الجرح ، وقيل : عليه قيمة الريش لأن الثاني غير الأول فإن صار غير متمتع ينتفـ
 ريشه واندمل غير متمتع فعليه جزاء جميعه كالجرح فإن غاب غير مندمل ففيه
 ما نقص كالجرح سواء ، وقد ذكرنا ثم احتمالاً فبهنا مثله .

مسألة ، قال ﴿ إلا أن تكون نعمة ، فيكون فيها بدنة أو حمامة وما أشبهها ،
 فيكون في كل واحد منها شاة ﴾

هذا متعلق بقوله ، وإن كان طائراً أفداه بقيمته في موضعه ، أو استثنى النعمة
 من الطائر لأنها ذات جناحين رقيقين فهي كالسحاج والاوز ، وأوجب فيها بدنة
 لأن عمر وعليهما عثمان وزيد بن ثابت وابن عباس ومعوية رضي الله عنهم حكموا
 فيها بدنة . وبه قال عطاء ومجاهد ومالك والشافعي وأكثر أهل العلم ، وحكى عن
 النخعي أن فيها قيمتها ، وبه قال أبو حنيفة ، وخالفه ساجده ، واتباع النص في
 قوله تعالى (الجزاء مثل ما قتل من النعم) والآثار أولى ، ولأن النعمة تشبه البعير
 في خلقته ، فكانت مثلاً لها فتدخل في عموم النص ، في الحمام شاة ، حكم به عمر
 وعثمان وابن عمر وابن عباس ونافع بن الحارث في حمام الحرم وبه قال سعيد بن المسيب
 وعطاء وعروة وقتادة والشافعي وإسحاق ، وقال أبو حنيفة ومالك . فيه قيمته

الا أن مالكا وافق في حمام الحرم لحكم الصحابة ففيا عداه يبق على الاصل ، قلنا :
 روى عن ابن عباس في الحمام حال الاحرام كذهبتنا ، ولائها حمامة مضمونة لحق
 الله تعالى ، فضمنت بشاة كحمامة الحرم ، ولانها متى كانت الشاة مثلاً لها في الحرم
 فكذلك في الحل فيجب ضمانها به القدر لله تعالى (جزء) مثل ما قتل من النعم وقياس الحمام
 على الحمام أولى من قياسه على غيره ، وقول الخرقى « وما أشبهها » يعنى ما يشبه الحمامة
 في أنه يعب الماء ، أى يضع منقاره فيه فيكرخ كما تكرر الشاة ، ولا يأخذ قطرة قطرة
 كالذجاج والعصافير ، وإنما أوجبوا فيه شاة لشبهه بها في كرخ الماء مثلاً ولا يشرب
 مثل شرب بقية الطيور : قال أحمد فى رواية أبى القاسم وشندى كل طير يعب الماء يشرب
 مثل الحمام فقيه شاة ، فيدخل في هذا الفواخت والوراشين والسقاين والقمرى
 والديسى والقطا . لأن كل واحد من هذه تسمه العرب حماما ، وقد روى عن
 الكسائى أنه قال : كل مطوق حمام ، وعلى هذا القول الحجل حمام لانه مطوق .

(فصل) وما كان أكبر من الحمام كالجبارى والكركى والكروان والحجل
 والاوز الكبير من طير الماء فقيه وجهان .

أحدهما . فيه شاة . لانه روى عن ابن عباس وجابر وعطاء أنهم قالوا . في
 الحجلة والقطاة والجبارى شاة شاة ، وزاد عطاء في الكركى والكروان وابن الماء
 وذجاج الحبش والحرب شاة شاة — والحرب هو فرخ الجبارى — لان ايجاب
 الشاة في الحمام تنبيه على ايجابها فيما هو أكبر منه .

والوجه الثانى . فيه قيمته ، وهو مذهب الشافعى ؛ لان القياس يقتضى وجوبها
 فى جميع الطير ، تركناه فى الحمام لإجماع الصحابة رضى الله عنهم . ففى غيره يرجع
 الى الاصل .

مسألة ، قال (وهو مخير ان شاء فداه بالنظير أو قوم النظير بدراهم ، ونظر
 كم يحجى به طعاماً فاطعم كل مسكين مدأ أو صام عن كل مد يوماً ، معسراً
 كان أو موسراً)

فى هذه المسألة أربع فصول .

الاول . أن قاتل الصيد مخير فى الجزاء بأحد هذه الثلاثة بأىها شاء كفر موسراً

كان أو معسراً ؛ وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وعن أحد رواية ثانية : أنها على الترتيب فيجب المثل أولاً ، فإن لم يجد أطعم فإن لم يجد صام ، وروى هذا عن ابن عباس والثوري ، لأن هدى المتعة على الترتيب ، وهذا يؤكد منه لأنه بفعل محذور ، وعنه رواية ثالثة : أنه لا إطعام في الكفارة ، وإنما ذكر في الآية ليعدل الصيام لأن من قدر على الإطعام قدر على الذبح ، هكذا قال ابن عباس وهذا قول الشعبي وأبي عياض .

ولنا قول الله تعالى (هديا بالغ الكعبة ، أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما) ، وأو ، في الأمر للتخير ، روى عن ابن عباس أنه قال وكل شيء : أو ، أو . فهو بخير ، وأما ما كان : فإن لم يوجد فهو الأول الأول ، ولأن عطف هذه الحاصل بعضها على بعض بأو . فكان بخيراً بين ثلاثها كفدية الأداء ، وقد سمى الله الطعام كفارة ، ولا يكون كفارة ما لم يجب إخراجه وجعله طعاماً للمساكين ، وألا يجوز صرفه إليهم لا يكون طعاماً لهم ، وعطف الطعام على الهدى ثم عطف الصيام عليه ، ولو لم يكن خصلة من خصاله لم يحز ذلك فيه ، ولأنها كفارة ذكر فيها الطعام ، فكان من خصاله كسائر الكفارات ، وقولهم « إنها وجبت بفعل محذور » يبطل بفدية الأذى على أن لفظ النص صريح في التخير ، فليس ترك مدلوله قياساً على هدى المتعة بأولى من العكس ، فلا يجوز قياس هدى المتعة في التخير على هذا لما يتضمنه من ترك النص كذا هذا .

الفصل الثاني : إذا اختار المثل ذبحه وتصدق به على مساكين الحرم لأن الله تعالى قال (هديا بالغ الكعبة) ولا يحز أنه يتصدق به حياً على المساكين ، لأن الله تعالى سماه هديا ، والهدى يجب ذبحه وله ذبحه أي وقت شاء ، ولا يختص ذلك بأيام النحر .

الفصل الثالث : أنه متى اختار الإطعام فإنه يقوم المثل بدراهم ، والدراهم بطعام ، ويتصدق به على المساكين . وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : يقوم الصيد لا المثل ، لأن التقويم إذا وجب لأجل الاتلاف قوم المتلف كالذي لا مثل له .

ولنا أن كل ما تلفس وجب فيه المثل إذا قوم لزمت قيمة مثله كالمثل من مال
الآدمي ، ويعتبر قيمة المثل في الحرم لانه يحل إحرامه ، ولا يجزى إخراج القيمة
لان الله تعالى خير بين ثلاثة أشياء ليست القيمة منها ، والطعام المخرج هو الذي
يخرج في الفطرة وفدية الاذى وهو الحنطة والشعير والتمر والزبيب ، ويحتمل أن
يجزى كل ما يسمى طعاما لدخوله في إطلاق اللفظ ، ويعطى كل مسكين مداً من
البر كما يدفع اليه في كفارة اليمين ، فأما بقية الاصناف فنصف صاع لكل مسكين ،
نص عليه أحمد . فقال في إطعام المساكين في القدية ، وجزاء كفارة اليمين ان أطعم
براً ، فمد طعام لكل مسكين ، وان أطعم تمرأ فنصف صاع لكل مسكين ،
وأطلق الحرقى لكل مسكين ولم يفرق ، والاولى أنه لا يجزى من غير البر أقل
من نصف صاع ، اذ لم يرد الشرع في موضع بأقل من ذلك في طعمة المساكين ،
ولا توقيف فيه ، فيرد الى نظائره ، ولا يجزى إخراج المساكين الحرم لان قيمة
الهدى الواجب لهم فيكون أيضاً لهم كقيمة المثل من مال الآدمي

الفصل الرابع في الصيام : فمن أحمد أنه يصوم عن كل مد يوماً ، وهو ظاهر
قول عطاء ومالك والشافعي ، لأنها كفارة دخلها الصيام والإطعام ، فكان اليوم
في مقابلة المد ككفارة الظهار ، وعن أحمد : أنه يصوم عن كل نصف صاع يوماً ،
وهو قول ابن عقيل والحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي وابن المنذر ، قال
القاضي : المسألة رواية واحدة ، واليوم عن مد بر أو نصف صاع من غيره
وكلام أحمد في الرويتين محمول على اختلاف الحالين ، لان صوم اليوم مقابل
بإطعام المسكين وإطعام المسكين مد بر أو نصف صاع من غيره ، ولان الله تعالى
جعل اليوم في كفارة الظهار في مقابلة إطعام المسكين . فكذا هنا ، وروى عن
أبي ثور : أن جزاء الصيد من الطعام والصيام مثل كفارة الاذى ، وروى ذلك
عن ابن عباس

ولنا أنه جزاء عن متلفس فاختلف باختلافه كبذل مال الآدمي ، واذا بقي
ما لا يعدل كدون المد صام يوماً كاملاً كذلك قال عطاء والنخعي وحامد والشافعي
وأصحاب الرأي ، ولا نعلم أحداً خالفهم ، لان الصوم لا يتبعض فيجب تكميله ،
ولا يجب التتابع في الصيام ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي . فإن الله تعالى

أمر به مطلقاً ، فلا يتقيد بالتتابع من غير دليل ، ولا يجوز أن يصوم عن بعض الجزاء ويطعم عن بعض ، نص عليه أحد ، وبه قال الشافعي والثوري واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وجوزه محمد بن الحسن إذا عجز عن بعض الاطعام ، ولا يصح ، لأنها كفارة واحدة ، فلا يؤدي بعضها بالاطعام وبعضها بالصيام كسائر الكفارات .

(فصل) وما لا مثل له من الصيد يخير قاتله بين أن يشتري بقيته طعاما فيطعمه للساكنين وبين أن يصوم ، وهل يجوز اخراج القيمة ؟ فيه احتمالان :

أحدهما : لا يجوز وهو ظاهر قول أحمد في رواية حنبل فإنه قال : إذا أصاب المحرم صيداً ولم يصب له عدلاً يحكم به عليه قوّم طعاماً ان قدر على طعام والا صام لكل نصف صاع يوماً ، هكذا يروى عن ابن عباس ؛ ولأنه جزاء صيد فلم يجز اخراج القيمة فيه كالذي له مثل ، ولأن الله تعالى خير بين ثلاثة أشياء لبس بها القيمة ، فإذا عدم أحد الثلاثة يبقى التخيير بين الشئين الباقيين ؛ فأما إيجاب شيء غير المنصوص فلا .

الثاني : يجوز اخراج القيمة لأن عمر رضي الله عنه قال لكعب « ما جعلت على نفسك ؟ قال : درهمين ؛ قال : اجعل ما جعلت على نفسك » وقال عطاء . في العصفور نصف درهم ؛ وظاهره اخراج الدراهم الواجبة :

« مسألة » قال ﴿ وكلما قتل صيداً حكم عليه ﴾

معناه أنه يجب الجزاء بقتل الصيد الثاني كما يجب عليه إذا قتله ابتداء ، وفي هذه المسألة عن أحمد ثلاث روايات .

أحدها من . أنه يجب في كل صيد جزاء ، وهذا ظاهر المذهب ، قال أبو بكر هذا أولى القولين بأبي عبد الله . به قال الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي .

والثانية . لا يجب الا في المرة الاولى : روى ذلك عن ابن عباس ، وبه قال شريح والحسن وسعيد بن جبير ومجاهد والنخعي وقتادة ، لأن الله تعالى قال (ومن عاد فينتقم الله منه) ولم يوجب جزاء .

والثالثة . إن كفر عن الأول فعليه كفارة وإلا فلا شيء للثانى ، لأنها كفارة
تجب بفعل محذور فى الإحرام ، فیدخل جزاؤها قبل التكفير كاللبس والطيب .
ولنا أنها كفارة عن قتل ، فاستوى فيه المبتدئ والعائد ، كقتل الأدمى ، ولأنها
بدل مآلف يجب به المثل أو القيمة ، فأشبه بدل مال الأدمى . قال أحمد : روى
عن عمر وغيره أنهم حكموا فى الخطأ وضمن قتل ، ولم يسألوه : هل كان قتل قبل
هذا أو لا ؟ وإنما هذا يعنى لتخصيص الإحرام ومكانه : والایه اقتضت الجزاء
على العائد بعمومها . وذكر العقوبة فى الثانى لا يمنع الوجوب ، كما قال الله تعالى
(فمن جاءه موعظة من ربه فاتمى فله ما سلف وأمره الى الله ، ومن عاد فأولئك
أصحاب النار هم فيها خالدون) وقد ثبت أن العائد لو انتهى كان له ما سلف وأمره
إلى الله ، ولا يصح قياس جزاء الصيد على غيره ، ولأن جزاءه مقدر به ، ويختلف
بصغره وكبره ، ولو أئلف صيدين معاً وجب جزاؤهما فكذلك إذا تفرقا
بخلاف غيره من المحظورات

فصل

ويجوز إخراج جزاء الصيد بعد جرحه وقبل موته ، نص عليه أحمد لأنها
كفارة لحاز تقدمها على الموت : ككفارة قتل الأدمى ، ولأنها كفارة فأشبهت
كفارة الظهار واليمين .

مسألة ، قال (ولو اشترك جماعة فى قتل صيد فعليهم جزاء واحد)

يروى عن أحمد فى هذه المسألة ثلاث روايات :
إحداهن أن الواجب جزاء واحد وهو الصحيح . ويروى هذا عن عمر بن
الخطاب وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم ، وبه قال عطاء والزهرى والنخعى
والشعبى والشافعى وإسحاق

والثانية على كل واحد جزاء ، رواها ابن أبى موسى ؛ واختارها أبو بكر وبه
قال مالك والثورى وأبو حنيفة . ويروى عن الحسن . لأنها كفارة قتل بدخلها
الصوم ، أشبهت كفارة قتل الأدمى

والثالثة إن كان صوما صام كل واحد صوما تاما ، وإن كان غير ذلك لحزاء

واحد : وان كان أحدهما هدى والاخر سوم ، فعلى المهدى بمحصنه وعلى الاخر سوم تام ، لأن الجزاء ليس بكفارة وانما هو بدل ، بدليل أن الله تعالى عطف عليه الكفارة ، فقال تعالى (لجزاء مثل ما قتل من النعم) والصوم كفارة ككفارة قتل الادمى

ولنا قول الله تعالى (لجزاء مثل ما قتل من النعم) والجماعة قد قتلوا صيداً فيلزمهم مثله والزائد خارج عن المثل فلا يجب ، ومتى ثبت اتخاذ الجزاء فى الهدى وجب اتخاذه فى الصيام ، لأن الله تعالى قال (أو عدل ذلك صياما) والاتفاق حاصل على أنه معدول بالقيمة ، اما قيمة المتلف واما قيمة مثله . فيجاب الزائد على عدل القيمة خلاف النص

وأيضاً ما روى عن سمينا من الصحابة أنهم قالوا كذبنا ، لأنه جزاء عن مقتول يختلف باختلافه فكان واحداً كالدية ، أو كما لو كان القاتل واحداً أو بدل المحل فاتحدت باتحاده الدية ، وكفارة الادمى لنا فيها منع ، ولا يتبعض فى أبعاضه ولا يختلف باختلافه ، فلا يتبعض على الجماعة بخلاف مسائلنا

(فصل)

فإن كان شريك المحرم حلالاً أو سبعا فلا شيء على الحلال ويحكم على المحرم ثم ان كان جرح أحدهما قبل صاحبه والسابق الحلال أو السبع فعلى المحرم جزاؤه مجروحاً ، وان كان السابق المحرم فعليه جزاء جرحه على ما مضى ، وان كان جرحهما فى حال واحدة ففيه وجهان :

أحدهما على المحرم بقسطه ، كما لو كان شريكه محرماً ، لأنه انما أتلّف البعض والثانى عليه جزاء جميعه ، لأنه تعذر ايجاب الجزاء على شريكه ، فأشبه ما لو كان أحدهما دالاً والاخر مدلولاً ، أو أحدهما مسكاً والاخر قاتلاً ، فان الجزاء على المحرم أيهما كان لتعذر ايجاب الجزاء على الاخر

(فصل) وان اشترك حرام وحلال فى صيد حرمى فالجزاء بينهما نصفين لأن الائتلاف ينسب الى كل واحد منهما نصفه ، ولا يزداد الواجب على المحرم باجتماع حرمة الاحرام والمحرم ، فيكون الواجب على كل واحد منهما النصف

وهذا الاشتراك الذي هذا حكمه هو الذي يقع به الفعل منهما معاً ، وإن سبق أحدهما صاحبه ، لحكمه ما ذكرناه فيما مضى .

(فصل) إذا أحرَم الرجل وفي ملكه صيد لم يزل ملكه عنه ، ولا يده الحكيمية مثل أن يكون في بلده أو في يد نائب له في غير مكانه ، ولا شيء عليه إن مات وله التصرف فيه بالبيع والهبة وغيرهما ومن غصبه لزمه رده ويلزمه إزالة يده المشاهدة عنه ، ومعناه إذا كان في قبضته أو رحله أو خيمته أو قفص معه أو مربوطاً بحبل معه لزمه إرساله ، وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي ، وقال الثوري : هو ضامن لما في بيته أيضاً ، وحكى نحو ذلك عن الشافعي .

وقال أبو ثور : ليس عليه إرسال ما في يده وهو أحد قولي الشافعي : لأنه في يده ، أشبه ما لو كان في يده الحكيمية : ولأنه لا يلزم من منع ابتداء الصيد المنع من استدامته بدليل الصيد في الحرم .

ولنا على أنه لا يلزمه إزالة يده الحكيمية أنه لم يفعل في الصيد فعلاً ، فلم يلزمه شيء كما لو كان في ملك غيره ، وعكس هذا إذا كان في يده المشاهدة ، فإنه فعل الإمساك في الصيد فكان ممنوعاً منه كحالة الابتداء ، فإن استدامة الإمساك أمساكاً بدليل أنه لو حلف لا يمسك شيئاً فاستدام إمساكاً حنث .

إذا ثبت هذا : فإنه متى أرسله لم يزل ملكه عنه ، ومن أخذه رده إذا حل ، ومن قتله ضمنه له ، لأن ملكه كان عليه وإزالة الأثر لا يزيل الملك ، بدليل الغصب والعارية ، فإن تلف في يده قبل إرساله بعد إمكانه ضمنه ، لأنه تلف تحت اليد العادية فلزمه الضمان ، كمال آدمي ، وإن كان قبل إمكان الإرسال فلا ضمان لأنه ليس بمفرط ولا متعد ، فإن أرسله إنسان من يده فلا ضمان عليه ، لأنه فعل ما يلزمه فعله : ولأن اليد قد زال حكمها وحرمتها : فإن أمسكه حتى حل فملكه باقي عليه ، لأن ملكه لم يزل بالأحرام ، وإنما زال حكم المشاهدة ، فصار كالصغير يتخمر ثم يتخلل قبل أراقته .

(فصل) ولا يملك المحرم الصيد ابتداءً بالبيع ولا بالهبة ونحوهما من الأسباب فإن الصعب بن جثامة « أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحشياً فردّه عليه وقال « أنا لم رده عليك إلا أنا حرم ، فإن أخذه بأحد هذه الأسباب

ثم تلقى فعليه جزاؤه ، وإن كان مبيعاً فعليه القيمة أو رده إلى مالكه ، فإن أرسله فعليه ضمانه كما لو أتلفه ، وليس عليه جزاء وعليه رد المبيع أيضاً ، ويحتمل أن يلزمه إرساله كما لو كان مملوكاً له ، لأنه لا يجوز له إثبات يده المشاهدة على الصيد وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا يسترد المحرم الصيد الذي باعه وهو حلال مختار ولا عيب في ثمنه ولا غيرهما ، لأنه ابتداء ملك على الصيد وهو ممنوع منه : وإن رده المشتري عليه بعيب أو خيسار فله ذلك ، لأن سبب الرد متحقق ثم لا يدخل في ملك المحرم ويلزمه إرساله .

فصل في

وإن ورث المحرم صيداً ملكه ، لأن الملك بالارث ليس بفعل من جهته ، وإنما يدخل في ملكه حكماً ، اختار ذلك أو كرهه ، ولهذا يدخل في ملك الصبي والمجنون ويدخل به المسلم في ملك الكافر ، فخرى مجرى الاستدانة ، ويحتمل أن لا يملك به ، لأنه من جهات التملك ، فأشبه البيع وغيره ، فعلى هذا يكون أحق به من غير ثبوت ملكه عليه فإذا حل ملكه .

مسألة : قال (ومن لم يقف بعرفة حتى طلع الفجر يوم النحر تحلل بعمره وذبح : إن كان معه هدى ، وحج من قابل ، وأتى بدم) الكلام في هذه المسألة في أربعة فصول :

الأول : أن آخر وقت الوقوف آخر ليلة النحر ، فمن لم يدرك الوقوف حتى طلع الفجر يومئذ فاته الحج لأنعم فيه خلافاً . قال جابر : لا يفوت الحج حتى يطالع الفجر من ليلة جمع ، قال أبو الزبير فقلت له : أقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ؟ قال : نعم ، رواه الأثرم بإسناده . وقول النبي صلى الله عليه وسلم : الحج عرفة . فمن جاء قبل صلاة الفجر ليلة جمع فقد تم حجه ، يدل على فواته بخروج ليلة جمع ، وروى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من وقف بعرفات بليل فقد أدرك الحج ، ومن فاته عرفات بليل فليحل بعمره وعليه الحج من قابل » رواه الدارقطني وضعفه .

الفصل الثاني : أن من فاته الحج يتحلل بطواف وسعى وحلاق ، هذا الصحيح

من المذهب ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وزيد بن ثابت وابن عباس وابن الزبير ومروان بن الحكم وهو قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن أبي موسى في المسألة روايتان :

(إحداهما) كما ذكرنا (والثانية) يمضي في حج قاسد وهو قول المزني قال يلزمه جميع أفعال الحج ، لأن سقوط ما فات وقته لا يمنع ما لم يفت ، ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً فكان إجماعاً ، وروى الشافعي في مسنده أن عمر قال لأبي أيوب حين فاته الحج : اصنع ما يصنع المعتمر ثم قد حلت فإن أدركت الحج قابلاً لحج واحد ما استيسر من الهدى ، وروى أيضاً عن ابن عمر نحو ذلك ، وروى الأثرم بإسناده عن سليمان بن يسار أن هبار بن الأسود حج من الشام فقدم يوم النحر فقال له عمر ما حبسك ؟ قال حسبت أن اليوم يوم عرفة قال فانطلق إلى البيت فطف به سبعا وإن كان معك هدية فانحرها ثم إذا كان عام قابلاً فاحجج فإن وجدت سعة فاهد ، فإن لم تجد فصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعت إن شاء الله تعالى .

وروى النجاد بإسناده عن عطاء : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من فاته الحج فعليه دم وليجعلها عمرة وليحج من قابل ، ولأنه يجوز فسخ الحج إلى العمرة من غير فوات فع الفوات أولى .

إذا ثبت هذا فإنه يجعل إحرامه بعمرة وهذا ظاهر كلام الخرقي ، ونص عليه أحمد واختاره أبو بكر ، وهو قول ابن عباس وابن الزبير وعطاء وأصحاب الرأي وقال ابن حامد : لا يصير إحرامه بعمرة بل يتحلل بطواف وسعى وحلق ، وهو مذهب مالك والشافعي ؛ لأن إحرامه انعقد بأحد النسكين فلم ينقلب إلى الآخر كما لو أحرم بالعمرة ، ويحتمل أن من قال يجعل إحرامه عمرة أراد به فعل ما فعل المعتمر وهو الطواف والسعى ولا يكون بين القولين خلاف ، ويحتمل أن يصير إحرام الحج إحراماً بعمرة بحيث يجزئه عن عمرة الإسلام إن لم يكن اعتمر ولو أدخل الحج عليها لصار قارناً إلا أنه لا يمكنه الحج بذلك الإحرام إلا أن يصير محرماً به في غير أشهره فيصير كمن أحرم بالحج في غير أشهره ؛ ولأن قلب الحج إلى العمرة يجوز من غير سبب على ما قررناه في فسخ الحج فع الحاجة أولى ،

ويخرج على هذا قلب العمرة الى الحج ، فإنه لا يجوز ، ولأن العمرة لا يفوت وقتها فلا حاجة الى انقلاب إحرامها بخلاف الحج .

الفصل الثالث : أنه يلزمه القضاء من قابل ، سواء كان الفائت واجباً أو تطوعاً روى ذلك عن عمر وابنه وزيد وابن عباس وابن الزبير ومروان ، وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي

وعن أحمد : لا قضاء عليه : بل إن كانت فرضاً فعلها بالوجوب السابق ، وإن كانت نفلاً سقطت ، وروى هذا عن عطاء ، وهو إحدى الروايتين عن مالك ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن الحج أكثر من مرة قال : بل مرة واحدة ، ولو أوجبت القضاء كان أكثر من مرة ، ولأنه معذور في ترك إتمام حجه فلم يلزمه القضاء كالحرم ، ولأنها عبادة تطوع ، فلم يجب قضاؤها كسائر التطوعات .

ووجه الرواية الأولى : ما ذكرنا من الحديث وإجماع الصحابة ، وروى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من فاتته عرفات فاتته الحج فليحل بعمره ، وعليه الحج من قابل » ولأن الحج يلزم بالشروع فيه فبصير كالمتنذر ، بخلاف سائر التطوعات .

وأما الحديث فإنه أراد الواجب بأصل الشرع حجة واحدة . وهذه إنما تجب بإيجابها لها بالشروع فيها كالمتنذرة ، وأما المحصر فإنه غير منسوب الى التفریط ، بخلاف من فاتته الحج وإذا قضى أجزاءه القضاء عن الحجة الواجبة ، لا نعلم في هذا خلافاً ، لأن الحجة المقضية لو تمت لأجزأت عن الواجبة عليه ، فكذلك قضاؤها لأن القضاء يقوم مقام الاداء .

الفصل الرابع : إن الهدى يلزم من فاتته الحج في أصح الروايتين : وهو قول من سمينا من الصحابة والفقهاء ، الا أصحاب الرأي ، فانهم قالوا : لا هدى عليه وهي الرواية الثانية عن أحمد ، لانه لو كان الفوات سبباً لوجوب الهدى للزم المحرم هديان للفوات والاحصار .

ولنا حديث عطاء وإجماع الصحابة ، ولأنه حل من إحرامه قبل إتمامه ، فلو لم يهدى ، كالحرم لم يفوت حجه ، فإنه يحل قبل فواته .

إذا ثبت هذا : فإنه يخرج الهدى في سنة القضاء ، ان قلنا بوجوب القضاء ،

وإلا أخرجه في عامه ، وإذا كان معه هدى قد ساقه نحره ، ولا يجوز له إن قلنا بوجود القضاء بل عليه في السنة الثانية هدى أيضا نص عليه أحمد ، وذلك لحديث عمر الذي ذكرناه ، والهدى : ما استيسر ، مثل هدى المتعة ، لحديث عمر أيضا ، والمتنع والمفرد والقارن والمكي وغيره سواء فيما ذكرنا ، لأن الفوات يشمل الجميع (فصل) فإن اختار من فاته الحج البقاء على إحرامه ليحج من قابل ، فله ذلك روى ذلك عن مالك ، لأن تطاول المدة بين الإحرام وفعل النسك لا يمنع إتمامه كالعمرة والحرم بالحج في غير أشهره ، ويحتمل أنه ليس له ذلك .

وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، ورواية عن مالك : لظاهر الخبر ، وقول الصحابة رضي الله عنهم ، لأن إحرام الحج يصير في غير أشهره ، فصار كالحرّم بالعبادة قبل وقتها .

(فصل)

وإذا فات القارن الحج حل ، وعليه مثل ما أهل به من قابل ، نص عليه أحمد وهو قول مالك والشافعي وأبي ثور وإسحاق ، ويحتمل أن يجوز له ما فعل عن عمرة الاسلام ، ولا يلزمه الا قضاء الحج ، لأنه لم يفته غيره ، وقال أصحاب الرأي والثوري : يطوف ويسعى لعمرة ، ثم لا يحل حتى يطوف ويسعى لحجه ، إلا أن سفيان قال : ويهرق دما :

والوجه الاول : أن يجب القضاء على حسب الاداء في صورته ومعناه ، فيجب أن يكون هنا كذلك ، ويلزمه هديان هدى للقران وهدى فواته ، وبه قال مالك والشافعي ، وقيل : يلزمه هدى ثالث للقضاء : وليس بشيء ، فإن القضاء لا يجب له هدى ، وإنما يجب الهدى الذي في سنة القضاء للفوات : وكذلك لم يأمره الصحابة بأكثر من هدى واحد ، والله أعلم .

(فصل) إذا أخطأ الناس العدد ، فوقفوا في غير ليلة عرفة أجزأهم ذلك ، لما روى الدارقطني بإسناده عن عبد العزيز بن عبد الله بن خالد بن أسيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يوم عرفة الذي يعرف فيه الناس » فإن اختلفوا فأصاب بعض وأخطأ بعض وقت الوقوف لم يحزنهم ، لأنهم غير معذورين في هذا

وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « فطرکم يوم تفطرون وأضحاکم يوم تضحون ، رواه الدارقطني وغيره . »

« مسألة » قال (وان كان عبداً لم يكن له أن يذبح ، وكان عليه أن يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوماً ثم يقصر ويحل)

يعني أن العبد لا يلزمه هدي ، لأنه لا مال له ، فهو عاجز عن الهدى ، فلم يلزمه كالمعسر ، وظاهر كلام الحرقى : أنه لو أذن له سيده في الهدى لم يكن له أن يهدي ولا يجزئه الا الصيام ، وهذا قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي . ذكره ابن المنذر عنهم في الصيد ، وعلى قياس هذا : كل دم لزمه في الاحرام لا يجزئه عنه الا الصيام : وقال غير الحرقى : ان ملكه السيد هدياً وأذن له في ذبحه خرج على الروایتين إن قلنا : إن العبد يملك بالتعليك لزمه أن يهدي ويجزئ عنه ، لأنه قادر على الهدى ، ماله له ، فلزمه كالححر .

وان قلنا : لا يملك لم يجزئه الا الصيام ، لأنه ليس بمالك ، ولا سبيل له الى الملك ، فصار كالمعسر الذي لا يقدر على غير الصيام ، واذا صام فإنه يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوماً ، وينبغي أن يخرج فيه من الخلاف ما ذكرناه في الصيد ومتى بقي من قيمتها أقل من مد صام عنه يوماً كاملاً ، لأن الصوم لا يتبعض ، فيجب تكميله . نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فقدم في بعض النهار ، لزمه صوم يوم كامل ، والاولى أن يكون الواجب من الصوم عشرة أيام كصوم المتعة كما جاء في حديث عمر : أنه قال لهار بن الاسود « فإن وجدت سعة فأهد ، فإن لم تجد سعة فصم ثلاثة أيام في الحج ، وسبعة اذا رجعت ان شاء الله تعالى » وروى الشافعي في مسنده عن ابن عمر مثل ذلك ، وأحمد ذهب الى حديث عمر واحتج به لأنه صوم وجب لحله من احرامه قبل اتمامه ، فكان عشرة أيام ، كصوم المحرم ، والمعسر في الصوم كالعبد ولذلك قال عمر لهار بن الاسود « ان وجدت سعة فأهد ، فإن لم تجد فصم » ويعتبر اليسار والاعسار في زمن الوجوب ، وهو في سنة القضاء ، ان قلنا بوجوبه ، أو في سنة القورات ان قلنا لا يجب القضاء .

وقول الحرقى « ثم يقصر ويحل » يريد أن العبد لا يحلق هنا ولا في موضع آخر

لأن الحلق لإزالة الشعر الذي يزيد في قيمته وماليته ، وهو ملك لسيده ، ولم يتعين
إزالته : فلم يكن له إزالته : كغير حالة الإحرام ، وإن أذن له السيد في الحلق جاز
لأنه إنما منع منه لحقه .

د مسألة ، قال ﴿ وإذا أحرمت المرأة لواجب لم يكن لزوجها منعها ﴾

وجملة ذلك : أن المرأة إذا أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة وهي
حجة الاسلام وعمرته أو المنذور منهما فليس لزوجها منعها من المضى فيها ،
ولا تحليلها في قول أكثر أهل العلم ، منهم أحمد والنخعي وإسحاق وأصحاب الرأي
والشافعي في أصح القولين له ، وقال في الآخر : له منعها ، لأن الحج عنده على التراخي
فلم يتعين في هذا العام ، وليس هذا بصحيح ، فإن الحج الواجب يتعين بالشروع
فيه فيصير كالصلاة إذا أحرمت بها في أول وقتها ، وقضاء رمضان إذا شرعت فيه
ولأن حق الزوج مستمر على الدوام ، فلو ملك منعها في هذا العام للملكة في كل عام
فيفضي الى إسقاط أحد أركان الاسلام ، بخلاف العدة ، فإنها لا تستمر ، فأما إن
أحرمت بتطوع فله تحليلها ومنعها منه في ظاهر قول الحرقي ، وقال القاضي : ليس
له تحليلها ، لأن الحج يلزم بالشروع فيه ، فلا يملك الزوج تحليلها كالحج المنذور
وحكى عن أحمد في امرأة تحلف بالصوم أو بالحج ولها زوج : لها أن تصوم
بغير إذن زوجها ، ما تصنع ؟ قد ابتليت وابتلى زوجها .

ولنا أنه تطوع يفوت حق غيرها منها أحرمت به بغير إذنه ، فملك تحليلها منه
كألامه تحرم بغير إذن سيدها والمدينة تحرم بغير إذن غريمها على وجه يمنعه إيفاء
دينه الحال عليها ، ولأن العدة تمنع المضى في الأحرام لحق الله تعالى ، لحق الأدمى
أولى لأن حقه أضيق لشحه وحاجته وكرم الله تعالى وغناه ، وكلام أحمد لا يتناول
محل النزاع ، وهو مخالف له من وجهين .

أحدهما : أنه في الصوم وتأثير الصوم في منع حق الزوج يسير ، فاته في النهار
دون الليل ، ولو حلفت بالحج فله منعها ، لأن الحج لا يتعين في نذر اللجاج والغضب
بل هو غير بين فعله والتكفير ، فله منعها منه قبل إحرامها بكل حال بخلاف الصوم
والثاني . أن الصوم إذا وجب صار كالمنذور ، بخلاف ما نحن فيه ، والشروع

ها هنا على وجه غير مشروع ، فلم يكن له حرمة بالنسبة الى صاحب الحق ، فأما ان كانت الحجة حجة الاسلام ، لكن لم تكمل شروطها لعدم الاستطاعة ، فإن له منعها من الخروج إليها والتلبس بها ، لأنها غير واجبة عليها ، وان أحرمت بغير إذنه لم يملك تحليلها ، لأن ما أحرمت به يقع عن حجة الاسلام الواجبة بأصل الشرع ، كالمريض إذا تكلف حضور الجمعة ، ويحتمل أن له تحليلها ، لأنه فقد شرط وجوبها ، فأشبهت حجة الأمة والصغيرة ، فإنها لما فقدت الحرية أو البلوغ ملك منعها . ولأنها ليست واجبة عليها ، فأشبهت سائر التطوع .

(فصل) وأما قبل الاحرام فليس للزوج منع امرأته من المضي الى الحج الواجب عليها إذا اكملت شروطه وكانت مستطبعة ، ولها محرم يخرج معها ، لأنه واجب ، وليس له منعها من الواجبات كما ليس له منعها من الصلاة والصيام ، وان لم تكمل شروطه فله منعها من المضي اليه والشرع فيه ، ولأنها تفوت حقه بما ليس بواجب عليها ، فلك منعها كمنعها من صيام التطوع ، وله منعها من الخروج الى الحج التطوع والاحرام به بغير خلاف ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ قوله من أهل العلم على أن للرجل منع زوجته من الخروج الى حج التطوع ، ولأنه تطوع يفوت حق زوجها ، فكان لزوجها منعها منه كالاغتكاف ، فإن أذن لها فيه فله الرجوع ما لم تلبس باحرامه ، فان تلبست بالاحرام لم يكن له الرجوع فيه ولا تحليلها منه لأنه يلزم بالشرع فصار كالواجب الأصلي ، فان رجع قبل إحرامها ثم أحرمت به فهو كمن لم يأذن ، وإذا قلنا بتحليلها فحكمها حكم المحصر يلزمها الهدى ، فان لم نجد صامت ثم حلت .

(فصل) وان أحرمت بواجب خلف زوجها بالطلاق الثلاث أن لا تنج العام فليس لها أن تحل لأن الطلاق مباح ، فليس لها ترك فرائض الله خوفاً من الوقوع فيه ، ونقل مهنا عن أحمد : أنه سئل عن هذه المسألة فقال قال عطاء : الطلاق هلاك ، هي بمنزلة المحصر .

وروى عن ابن منصور : أنه أفتى السائل أنها بمنزلة المحصر ، واحتج بقول عطاء فرواه ، والله أعلم ، ذهب الى هذا لأن ضرر الطلاق عظيم ، لما فيه من خروجها من بيتها ، ومفارقة زوجها وولدها ، وربما كان ذلك أعظم عندها من ذهاب مالها

وهلاك سائر أهلها ، ولذلك سماه عطاء هلاكاً ، ولو منعها عدو من الحج إلا أن تدفع إليه ما لها كان ذلك حصراً فنهنا أولى ، والله أعلم .

(فصل) وليس للوالد منع ولده من الحج الواجب ، ولا تحليلة من إحرامه ، وليس للولد طاعته في تركه لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا طاعة لمخلوق في معصية الله تعالى » ، وله منعه من الخروج إلى التطوع فإن له منعه من الغزو ، وهو من فروض الكفايات ، فالتطوع أولى ، فإن أحرم بغير إذنه لم يملك تحليلة لأنه واجب بالدخول فيه فصار كالواجب ابتداء أو كالمنذور .

« مسألة » قال { ومن ساق هديا واجبا فعطب دون عمله صنع به ما شاء وعليه مكانه }

الواجب من الهدى قسمان ، أحدهما : وجب بالنذر في ذمته ، والثاني : وجب بغيره ، كدم ائتمتع والقران والدماء الواجبة بترك واجب أو فعل محذور ، وجميع ذلك ضربان .

أحدهما : أن يسوقه ينوي به الواجب الذي عليه من غير أن يعينه بالقول فهذا لا يزول ملكه عنه إلا بذبحه ودفعه إلى أهله ، وله التصرف فيه بما شاء من بيع وهبة وأكل وغير ذلك . لأنه يتعلق حق غيره به وله ثماؤه ، وإن عطب تلف من ماله ، وإن تعيب لم يجرئه ذبحه وعليه الهدى الذي كان واجبا ، فإن وجوبه في الذمة ، فلا يبرأ منه إلا بإصاله إلى مستحقه ، بمنزلة من عليه دين لحمله إلى مستحقه يقصد دفعه إليه فتلف قبل أن يوصله إليه .

الضرب الثاني : أن يعين الواجب عليه بالقول ، فيقول : هذا الواجب على فإنه يتعين الوجوب فيه من غير أن تبرأ الذمة منه لأنه لو أوجب هديا ولا هدى عليه متعين ، فإذا كان واجبا فعينه فكذلك إلا أنه مضمون عليه ، فإن عطب أو سرق أو ضل أو نحو ذلك لم يجره ، وعاد الوجوب إلى ذمته كما لو كان لرجل عليه دين فاشترى به منه مكيلا فتلف قبل قبضه انفسخ البيع وعاد الدين إلى ذمته ، ولأن ذمته لم تبرأ من الواجب بتعيينه ، وإنما يتعلق الوجوب بمحل آخر فصار كالدين يضمنه ضامن أو يرهن به رهنا فإنه يتعلق الحق بالضامن ، والرهن مع بقائه في ذمة

المدين ، فتي تعذر استيفاؤه من الضامن أو تلف الرهن بقي الحق في الذمة بحاله ، وهذا كله لا نعلم فيه مخالفاً ، وإن ذبحه فسرق أو عطب فلا شيء عليه : قال أحمد : إذا نحر فلم يطعمه حتى سرق : لا شيء عليه فإنه إذا نحر فقد فرغ ، وبهذا قال الثوري وابن القاسم صاحب مالك وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي : عليه الإعادة لأنه لم يوصل الحق إلى مستحقه فأشبهه ما لو لم يذبحه .

ولنا أنه أدى الواجب عليه فبرئ منه كما لو فرقه ، ودليل أنه أدى الواجب أنه لم يبق إلا التفارقة وليست واجبة بدليل أنه لو خلى بينه وبين الفقراء أجزاء ولذلك لما نحر النبي صلى الله عليه وسلم البدنات قال : من شاء اقتطع ، وإذا عطب هذا المعين أو تعيب عيباً يمنع الاجزاء لم يجزه ذبحه عما في الذمة لأن عليه هدياً سليماً ولم يوجد وعليه مكانه ، ويرجع هذا الهدى إلى ملكه فيصنع به ما شاء من أكل أو بيع وهبة وصدقة وغيره ، هذا ظاهر كلام الحرق ، وحكاة ابن المنذر عن أحمد والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ونحوه عن عطاء ، وقال مالك : يأكل ويطعم من أحب من الأغنياء والفقراء ولا يبيع منه شيئاً .

ولنا ما روى سعيد حدثنا سفيان عن عبد الكريم عن عكرمة عن ابن عباس قال : إذا أهديت هدياً تطوعاً فعطب فأنحره ثم اغمس النعل في دمه ، ثم اضرب بها صفحته فإن أكلت أو أمرت به عرفت ، وإذا أهديت هدياً واجباً فعطب فأنحره ثم كله ان شئت ، وأهدته ان شئت ، وبعته ان شئت ، وتقو به في هدى آخر ، ولأنه متى كان له أن يأكل ويطعم الأغنياء فله أن يبيع لأنه ملكه ، وروى عن أحمد : أنه يذبح المعيب وما في ذمته جميعاً ولا يرجع المعين إلى ملكه لأنه تعلق بحق الفقراء بتعيينه فلم يذبحه كما لو عينه بنذره ابتداء .

(فصل)

وان ضل المعين فذبح غيره ثم وجده ، أو عين غير الضال بدلاً عما في الذمة ، ثم وجد الضال ذبحهما معاً ، روى ذلك عن عمر وابنه وابن عباس وفعلته عائشة . وبه قال مالك والشافعي وإسحاق ويتخرج على قولنا فيما إذا تعيب الهدى فأبدله فإن له أن يصنع به ما شاء أو يرجع إلى ملك أحدهما لأنه قد ذبح ما في الذمة فلم يلزمه شيء آخر ، كما لو عطب المعين وهذا قول أصحاب الرأي .

ووجه الاول : ماروى عن عائشة رضى الله عنها ، أنها أهدت هديين فأضلتهما فبعث اليها ابن الزبير هديين ففحرتهما ثم عاد الضالان ففحرتهما ، وقالت : هذه سنة الهدى ، رواه الدارقطنى ، وهذا ينصرف الى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولائنه تعلق حق الله بهما بإيجابهما أو ذبح أحدهما وإيجاب الآخر .

(فصل : وان عين معييا عما فى ذمته لم يجزه ولزمه ذبحه على قياس قوله فى الاضحية اذا عينها معية لزمه ذبحها ولم يجزه ، وان عين صحيحا فهلك أو تعيب بغير تفریطه لم يلزمه أكثر مما كان واجبا فى الذمة لان الزائد لم يجب فى الذمة : وانما تعلق بالعين فسقط ب تلفها لأصل الهدى اذا لم يجب بغير التعيين ، وان ألقفه أو تلف بتفریطه لزمه مثل المعين لان الزائد تعلق به حق الله تعالى : واذا فوته لزمه ضمانه كالمهدى المعين ابتداء .

(فصل) ويحصل الإيجاب بقوله : هذا هدى أو بتقليده واشعاره ناويا به الهدى : وبهذا قال الثورى واسحاق ، ولا يجب بالشراء مع النية ، ولا بالنية المجردة فى قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو حنيفة : يجب بالشراء مع النية . ولنا أنه ازالة ملك على وجه القرية فلم يجب بالنية كالعتق والوقف .

(فصل) اذا غضب شاة فذبحها عن الواجب عليه لم يجزه ، سواء رضى مالكا أو لم يرض ، أو عوضه عنها أو لم يعوضه ، وقال أبو حنيفة : يجزه ان رضى مالكا .

ولنا أن هذا لم يكن قرية فى ابتدائه فلم يصير قرية فى أثنائه كما لو ذبحه للأكل ثم نوى به التقرب ، وكما لو أعتق ثم نواه عن كفارته .

« مسألة ، قال (وان كان ساقه تطوعا نحره موضحة ، وخلق بينه وبين المساكين ، ولم يأكل منه هو ولا أحد من أهل رفقته ولا بدل عليه ،

وجملة ذلك أن من تطوع بهدى غير واجب لم يخل من حاله ، أحدهما : أن ينوى به هديا ، ولا يوجب بلسانه ولا بأشعاره وتقليده ، فهذا لا يلزمه امضاؤه ، وله أولاده ونماؤه والرجوع فيه متى شاء ، ما لم يذبحه لأنه نوى الصدقة بشئ من ماله فأشبه ما لو نوى الصدقة بدرهم .

الثاني : أن يوجب بلسانه فيقول : هدا هدى أو يقلده أو يشعره . ينرى بذلك إهداءه فيصير واجباً معيناً يتعلق الوجوب بعينه دون ذمة صاحبه ، ويصير في يدي صاحبه كالوديعة يلزمه حفظه وإيصاله إلى محله فإن تلف بغير تفريط منه أو سرق أو ضل لم يلزمه شيء لأنه لم يجب في الذمة إنما تعلق الحق بالعين ، فسقط بتلفها كالوديعة ، وقد روى الدارقطني بإسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من أهدى تطوعاً ثم ضلت فليس عليه البذل ، إلا أن يشاء فإن كان نذراً فعليه البذل ، وفي رواية قال : من أهدى تطوعاً ثم عطب ، فإن شاء أبدل ، وإن شاء أكل ، وإن كان نذراً فليبدل ، فأما إن أتلفه أو تلف بتفريطه فعليه ضمانه لأنه أتلف واجباً لغيره فضمنه كالوديعة ، وإن خاف عطبه أو عجز عن المشي وصحبة الرفاق نحره موضعه ، وخلي بينه وبين المساكين ، ولم يبع له أكل شيء منه ، ولا لأحد من صحابته ، وإن كانوا فقراء ، ويستحب له أن يضع نعل الهدى المقلد في عنقه في دمه ثم يضرب به صفحته ليعرفه الفقراء فيعلبوا أنه هدى ، وليس بميته فيأخذوه ، وبهذا قال الشافعي وسعيد بن جبير .

وروى عن ابن عمر : أنه أكل من هديه الذي عطب ولم يقض مكانه . وقال مالك : يباح لرفقته ولسائر الناس غير صاحبه أو سائقه ، ولا يأمر أحداً يأكل منه فإن أكل أو أمر من أكل أو حر شيئاً من لحمه ضمنه ، واحتج ابن عبد البر لذلك بما روى هشام بن عروة عن أبيه عن ناجية بنت كعب صاحب بدن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : يا رسول الله كيف أصنع بما عطب من الهدى ؟ قال : انحره ثم اغمس قلائده في دمه . ثم اضرب بها صفحة عنقه ثم خل بينه وبين الناس ، قال : وهذا أصح من حديث ابن عباس ، وعليه العمل عند الفقهاء ، ويدخل في عموم قوله : وخل بينه وبين الناس ، رفقته وغيره .

ولنا ما روى ابن عباس : أن ذؤيباً أبا قبيصة حدثه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث معه البدين ثم يقول : إن عطب منها شيء فخشيت عليها فأنحرها ثم اغمس نعلها في دمي ثم اضرب به صفحتها ، ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك ، رواه مسلم ، وفي لفظ رواه الإمام أحمد : ويخليها والناس ولا يأكل منها

هو ولا أحد من أصحابه ، وقال سعيد : حدثنا اسماعيل بن إبراهيم عن أبي التياح عن موسى بن سلة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه بعث بثمان عشرة بدنة مع رجل وقال : إن ازدحف عليك منها شيء فأنحرها ثم اصبح نعلها في دمه ثم اضرب بها في صفحتها ولا تأكل أنت ولا أحد من أهل رفقتك ، وهذا صحيح متضمن للزيادة ، ومعنى خاص ، فيجب تقديمه على عموم ما خالفه ، ولا تصح التسوية بين رفقته وبين سائر الناس ، لأن الإنسان يشفق على رفقته ويجب التوسعة عليهم وربما وسع عليهم من مؤنته ، وإنما منع السائق ورفقته من الأكل منها لئلا يقصر في حفظها فيعطبها لئلا كل هو ورفقته منها فتلحقه التهمة في عطبها لنفسه ورفقته فخرمها لذلك ، فإن أكل منها أو باع أو أطعم غنياً أو رفقته ، ضمنه بمثلها ، وإن أكلها أو تلفت بتفريطه أو خاف عطبها فلم ينحرها حتى هلكت فعليه ضمانها بما يوصله إلى فقراء الحرم لأنه لا يتعذر عليه إبطال الضمان إليهم بخلاف العاطب ؛ وإن أطعم منها فقيراً أو أمره بالأكل منها فلا ضمان عليه لأنه أوصله إلى المستحق فأشبهه ما لو أطعم فقيراً بعد بلوغه ، وإن تعيب ذبحه وأجزأه . وقال أبو حنيفة : لا يجوز له إلا أن يحدث العيب به بعد اضجاعه للذبح .

ولنا أنه لو عطب لم يلزمه شيء ، فالعيب أولى لأن العطب يذهب بجميعه والعيب ينقصه ، ولأنه عيب حدث بعد وجوبه فأشبهه ما لو حدث بعد اضجاعه ، وإن تعيب بفعل أدى فعليه ما نقصه من القيمة يتصدق به ، وقال أبو حنيفة : يباع جميعه ويشتري هدى . وبني ذلك على أنه لا يجوز ، وقد بينا أنه مجزئ .

(فصل)

وإذا أوجب هدياً فله ابداله بخير منه وبيعه ليشتري بشئ منه خيراً منه ، نص عليه أحمد ، وهو اختيار أكثر الأصحاب ، ومذهب أبي حنيفة ، وقال أبو الخطاب : يزول ملكه عنه ، وليس له بيعه ولا ابداله ، وهو قول مالك والشافعي ، لأنه حق متعلق بالرقبة ، ويسرى إلى الولد . فنع البيع كالاستيلاء ، ولأنه لا يجوز له ابداله بثله فلم يجوز بخير منه كسائر ما لا يجوز بيعه .

ووجه الأول : أن الذنور محمولة على أصولها في الفرض وهو الزكاة يجوز فيها
الابدال كذلك هذا ، ولأنه لو زال ملكه لم يعد اليه بالهلاك كسائر الأملاك اذا
زالت ، وقياسهم ينتقض بالمدبرة يجوز بيعها ، وقد دل على جواز بيع المدبر ، أن
النبي صلى الله عليه وسلم باع مديراً ، أما ابدالها بثلمها أو دونها فلم يجز لعدم
الفائدة في ذلك .

(فصل) اذا ولدت الهدية فولدها بمنزلتها ان أمكن سوقه والا حمله على
ظهرها وسقاه من لبنها ، فان لم يكن سوقه ولا حمله صنع به ما يصنع بالهدى اذا
عطب ، ولا فرق في ذلك بين ما عينه ابتداء وبين ما عينه بدلا عن الواجب في
ذمته ، وقال القاضي في المعين بدلا عن الواجب : يحتمل أن لا يتبعها ولدها لأن
ما في الذمة واحد ، فلا يلزمه اثنان . والصحيح : أنه يتبع أمه في الوجوب لأنه
ولد هدى واجب فكان واجبا كالمعين ابتداء ، وقال المغيرة بن حذاف : أتى رجل
عليا ببقرة قد أولدها . فقال له : لا تشرب من لبنها الا ما فضل عن ولدها .
فاذا كان يوم الاضحى ضحيت بها وولدها عن سبعة ، رواه سعيد والاثرم ،
وان تعينت المعينة عن الواجب في الذمة وقتلنا بذبحها ذبح ولدها معها
لأنه تبع لها ، وان قلنا يبطل تعيينها وتعود الى مالها احتمل أن يبطل التعيين
في ولدها تبعا كنهائها المتصل بها ، واحتمل أن لا يبطل ويكون للفقراء لأنه تبعها
في الوجوب حال اتصاله بها ولم يتبعها في زواله لأنه منفصل عنها كولد المبيع المغيب
اذا ولد عند المشتري ثم رده لم يبطل البيع في ولده ، والمدبرة اذا قتلت سيدها فبطل
تدبيرها لا يبطل في ولدها .

فصل

وللهدى شرب لبن الهدى لأن بقاءه في الضرع يضرب به ، فاذا كان ذا ولد
لم يشرب الا ما فضل عن ولده لما ذكرنا من خبر علي رضي الله عنه ، فان شرب
ما يضرب بالأم أو ما لا يفضل عن الولد ضمنه لأنه تعدى بأخذه ، وان كان صوفها
يضرب بها بقاءه جزه وتصدق به على الفقراء . والفرق بينه وبين اللبن أن الصوف
كان موجوداً حال ايجابها . فكان واجبا معها . واللبن متجدد فيها شيئا فشيئا
فهو كنفهها وركوبها .

(فصل) وله ركوبه عند الحاجة على وجه لا يضربه ، قال أحمد . لا يركبه الا عند الضرورة ، وهو قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اركبها بالمعروف إذا أُلجئت إليها حتى تجد ظهراً ، رواه أبو داود ، ولأنه تعلق بها حق المساكين ، فلم يجوز ركوبها من غير ضرورة كملكهم ، فأما مع عدم الحاجة ففيه روايتان ، إحداهما . لا يجوز لما ذكرنا والثانية : يجوز لما روى أبو هريرة وأنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً يسوق بدنة فقال : اركبها ، فقال . يا رسول الله إنها بدنة ، فقال : اركبها ، وبذلك — في الثانية أو في الثالثة ، متفق عليه .

فصل

ولا يبرأ من الهدى الا بذبحه أو نحره ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نحر هديه فان نحره بنفسه أو وكل من نحره أو نحره إنسان بغير إذنه في وقته أجزأ عنه ، وإن دفعه الى الفقراء سلباً فنحروه أجزأ عنه ، لأنه حصل المقصود بفعلهم فأجزأه كما لو ذبحه غيرهم ، وأن لم ينحروه فعليه أن يسترده منهم وينحره ، فان لم يفعل أو لم يقدر فعليه ضمانه ، لأنه فوته بتفريطه في دفعه اليهم سلباً .

(فصل) ويستحب للهدى أن يتولى نحر الهدى بنفسه . لأن النبي صلى الله عليه وسلم نحر هديه بيده ، وروى عن غرقه بن الحارث الكندي قال « شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع وأتى بالبدن فقال . ادع لي أبا الحسن فدعى له علي ، فقال له : خذ بأسفل الحربة ، وأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بأعلاها ، ثم طعن بها البدن ، رواه أبو داود ، وإنما فعلاً ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم أشرك علياً في بدته .

وقال جابر « نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثاً وستين بدنة بيده ، ثم أعطى علياً فنحروا ما غير ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم « نحر خمس بدنات ثم قال : من شاء اقتطع ، رواه أبو داود ، فان لم يذبح بيده فالمستحب أن يشهد ذبحها ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة « احضري أضحيتك ينفر لك بأول قطرة من دما » ويستحب أن يتولى تفريق اللحم بنفسه ، لأنه

أحوط وأقل للضرر على المساكين ، وإن خلى بينه وبين المساكين جاز لقوله عليه السلام : « من شاء اقتطع » .

(فصل : ويباح للفقراء الأخذ من الهدى إذا لم يدفعه اليهم بأحد شيئين .

أحدهما : الأذن فيه لفظاً ، كما قال النبي (ص) « من شاء اقتطع » .

والثاني : دلالة على الأذن كالتخلى بينهم وبينه ، وقال الشافعي في أحد قولي لا يباح إلا باللفظ ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم لسائق البدن « اصبغ نعلها في دمها واضرب به صفحتها » دليل على أن ذلك وشبهه كاف من غير لفظ ولولا ذلك لم يكن هذا مفيداً .

« مسألة ، قال (ولا يأكل من كل واجب إلا من هدى التمتع)

المذهب : أنه يأكل من هدى التمتع والقران دون ما سواهما ، نص عليه أحمد وأهل الحرق ترك ذكر القران ، لأنه متعة أو اكتفى بذكر المتعة ، لأنهما سواء في المعنى فإن سببهما غير محظور ، فأشبهها هدى التطوع ، وهذا قول أصحاب الرأي وعن أحمد : أنه لا يأكل من المنذور وجزاء الصيد ، وبأكل مما سواهما ، وهو قول ابن عمر وعطاء والحسن وإسحاق ، لأن جزاء الصيد بدل ، والنذر جعله الله تعالى بخلاف غيرهما .

وقال ابن أبي موسى . لا يأكل أيضاً من الكفارة وبأكل مما سوى هذه الثلاثة ونحوه مذهب مالك ، لأن ما سوى ذلك لم يسمه للمساكين ولا مدخل للاطعام فيه ، فأشبه التطوع ، وقال الشافعي : لا يأكل من واجب لأنه هدى وجب بالأحرام فلم يجوز الأكل منه كدم الكفارة .

ولنا أن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم تمتعن معه في حجة الوداع وأدخلت عائشة الحج على العمرة ، فصارت قارئة ، ثم ذبح عنهن النبي صلى الله عليه وسلم البقرة ، فأكلن من لحومها .

قال أحمد : قد أكل من البقرة أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة خاصة ، وقالت عائشة « إن النبي صلى الله عليه وسلم أمر من لم يكن معه هدى إذا طاف بالبيت أن يحل ، فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت : ما هذا ؟ فقيل :

ذبح النبي صلى الله عليه وسلم عن أزواجه ، وروى أبو داود وابن ماجه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذبح عن آل محمد في حجة الوداع بقرة ، وقال ابن عمر « تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرة الى الحج فساق الهدى من ذى الحليفة ، متفق عليه ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم « أمر من كل بدنة بيضعة ، فجعلت في قدر فأكل هو وعلى من لحمها ، وشربا من مرقها » رواه مسلم ، ولأنهما دما نساك فأشبهها التطوع ، ولا يؤكل من غيرهما ، لأنه يجب بفعل محظور ، فأشبهه جزاء الصيد

فصل

فأما هدى التطوع وهو ما أوجبه بالتعيين ابتداء من غير أن يكون عن واجب في ذمته ، وما نحره تطوعا من غير أن يوجبه ، فيستحب أن يأكل منه لقول الله تعالى (فكلوا منها) وأقل أحوال الأمر الاستحباب ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أكل من بدنه ، وقال جابر « كنا لا نأكل من بدتنا فوق ثلاث : فرخص لنا النبي صلى الله عليه وسلم فقال : كلوا وتزودوا : فأكلنا وتزودنا ، رواه البخارى وإن لم يأكل فلا بأس ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم لما نحر البدنات الخمس قال « من شاء اقتطع » ولم يأكل منهن شيئا ، والمستحب : أن يأكل اليسير منها ، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم ، وله الأكل كثيرا والتزود ، كما جاء في حديث جابر ، وتجزئه الصدقة باليسير منها كما في الأضحية فإن أكلها ضمن المشروع للصدقة منها كما في الأضحية

(فصل) وإن أكل منها ما منع من أكله ضمنه بمثله لحما ، لأن الجميع مضمون عليه بمثله حيوانا ، فكذلك أبعاضه ، وكذلك أن أعطى الجازر منها شيئا ضمنه بمثله ، وإن أطعم غنيا منها على سبيل الهدية جاز كما يجوز له ذلك في الأضحية ، لأن ما ملك أكله ملك هديته ، وإن باع شيئا منها أو ألقاه ضمنه بمثله لأنه ممنوع من ذلك ، فأشبهه عطيته للجازر ، وإن ألقه أجنبي منه شيئا ضمنه بقيمته ، لأن المتلف من غير ذوات الأمثال فلو لمته قيمته كما لو ألقه لحما لأدعى معين .

(فصل) والهدى الواجب بغير النذر ينقسم قسمين ، منصوص عليه ، ومقيس على المنصوص ، فأما المنصوص عليه فأربعة ، اثنان على الترتيب ، والواجب فيها ما استيسر من الهدى ، وأقله شاة ، أو سبع بدنة .

أحدهما دم المتعة ، قال الله تعالى (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم)

الثاني دم الإحصار ، قال الله تعالى (فما استيسر من الهدى) وهو على الترتيب أيضا ، إن لم يجده انتقل إلى صيام عشرة أيام ، وإنما وجب ترتيبه لأن الله تعالى أمر به معينا من غير تخيير فافتضى تعيينه الوجوب ، وأن لا ينتقل عنه إلا عند العجز كسائر الواجبات المعينة ، فإن لم يجده انتقل إلى صيام عشرة أيام بالقياس على دم المتعة ، إلا أنه لا يحمل حتى يصومها ، وهذا قول الشافعي

وقال مالك وأبو حنيفة . لا بدل له لأنه لم يذكر في القرآن وهذا لا يلزم ، فإن عدم ذكره لا يمنع قياسه على نظيره ، واثنان مخيران : أحدهما فدية الأذى ، قال الله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) الثاني جزاء الصيد . وهو على التخيير أيضا بقوله تعالى (فمن قتل منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما)

القسم الثاني : ما ليس بمنصوص عليه ، فيقاس على أشبه المنصوص عليه به ، فهدي المتعة وجب للترفة بترك أحد السفرين وقضائه للنسكين في سفر واحد ، ويقاس عليه أيضا دم الفوات ، فيجب عليه مثل دم المتعة ، وبدله مثل بدله ، وهو صيام عشرة أيام إلا أنه لا يمكن أن يكون ثلاثة قبل يوم النحر ، لأن الفوات إنما يكون بفوات ليلة النحر لأنه ترك بعض ما اقتضاه إحرامه ، فصار كالتارك لأحد السفرين . فإن قبل فهلا ألحقه موه هدى الإحصار فإنه أشبه به إذ هو حلال من إحرامه قبل إتمامه . قلنا أما الهدى ففيها فيه سواء ، وأما البدل فإن الإحصار ليس بمنصوص على البدل فيه ، وإنما يثبت قياسا ، فقياس هذا على الأصل المنصوص عليه أولى من قياسه على فرعه ، على أن الصيام ههنا مثل الصيام عن دم الإحصار ، وهو عشرة أيام أيضا ، إلا أن صيام الإحصار يجب أن يكون قبل حله ، وهذا يجوز فعله قبل حله وبعده ، وهو أيضا مقارن لصوم المتعة : لأن الثلاثة في المتعة يستحب أن يكون آخرها يوم عرفة . وهذا يكون بعد فوات عرفة . والخرق إنما جعل الصوم عن هدى الفوات ، مثل الصوم عن جزاء الصيد عن كل مد يوما .

والمروى عن عمر وابنه مثل ما ذكرنا ، ويقاس عليه أيضا كل دم وجب تركه واجب كدم القران وترك الإحرام من الميقات والوقوف بعرفة إلى غروب الشمس والمبيت بمزدلفة والرمي والمبيت ليالى منى بها وطواف الوداع ، فالواجب فيه ما استيسر من الهدى فإن لم يجد فصيام عشرة أيام ، وأما من أفسد حجه بالجماع فالواجب فيه بدنة بقول الصحابة المنتشر الذى لم يظهر خلافه فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع كصيام المتعة ، كذلك قال عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمرو ، رواه عنهم الأثرم ولم يظهر فى الصحابة خلافهم ، فيكون إجماعا ، فيكون بدله مقيسا على بدل دم المتعة ، وقال أصحابنا : يقوم البدنة بدراهم ثم يشتري بها طعاما فيطعم كل مسكين مدأ أو يصوم عن كل مد يوما فتكون ملحقة بالبدنة الواجبة فى جزاء الصيد ، ويقاس على فدية الأذى ما وجب بفعل محظور يترفع به كتقليم الأظفار واللبس والطيب ، وكل استمتاع من النساء يوجب شاة كالوطء فى العمرة أو فى الحج بعد رمى الجرة فإنه فى معنى فدية الأذى من الوجه الذى ذكرناه فيقاس عليه ويلحق به ، فقد قال ابن عباس لامرأة وقع عليها زوجها قبل أن تقصر عليك فدية من صيام أو صدقة أو نسك ، رواه الأثرم .

مسألة ، قال (وكل هدى أو إطعام فهو لمساكين الحرم ، إن قدر على إيصاله إليهم ، إلا من أصابه أذى من رأسه فيفرقه على المساكين فى الموضع الذى خلق فيه)

أما فدية الأذى فتجوز فى الموضع الذى خلق فيه نص عليه أحمد ، وقال الشافعى : لا يجوز إلا فى الحرم لقوله تعالى (ثم محلها إلى البيت العتيق) ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر كعب بن عجرة بالفدية بالحديدية ، ولم يأمر ببعثه إلى الحرم ، وروى الأثرم وإسحاق والجوزجاني فى كتابيهما عن أبى أسماء مولى عبد الله ابن جعفر قال : كنت مع عثمان وعلى وحسين بن على رضى الله عنهم حجاجا ، فاشتكى حسين بن على بالسقيا ، فأومأ بيده إلى رأسه فخلقه على ونحر عنه جزورا بالسقيا ، هذا لفظ رواية الأثرم ، ولم يعرف لهم مخالف ، والآية وردت فى الهدى ، وظاهر كلام الحرقى اختصاص ذلك بفدية الشعر ، وما عداه

من الدماء فبمكة ، وقال القاضي : في الدماء الواجبة بفعل محذور كاللباس والطيب : هي كدم الحلق وفي الجمع روايتان ، احدهما : يفدى حيث وجد سببه : والثانية : محل الجميع الحرم ، وأما جزاء الصيد فهو لمساكين الحرم ، نص عليه أحمد ، فقال . أما ما كان بمكة : أو كان من الصيد فكل بمكة لأن الله تعالى قال هديا بالغ الكعبة) وما كان من فدية الرأس فحيث حلقه ، وذكر القاضي في قتل الصيد رواية أخرى : أنه يفدى حيث قتله ، وهذا يخالف نص الكتاب ، ونص الإمام أحمد في التفرقة بينه وبين حلق الرأس فلا يعول عليه ، وما وجب لترك نسك أو فوات فهو لمساكين الحرم دون غيرهم لأنه هدى وجب لترك نسك فأشبه هدى القران : وإن فعل المحذور لغير سبب يبيحه فذكر ابن عقيل : أنه يختص ذبحه وتفرقة لحمه بالحرم كسائر الهدى .

(فصل) وما وجب نحره بالحرم وجب تفرقة لحمه به وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة : إذا ذبحها في الحرم جاز تفرقة لحمها في الحل .

ولنا أنه أحد مقصودى النسك فلم يحز في الحل كالذبح ، ولأن المعقول من ذبحه بالحرم التوسعة على مساكنه ، وهذا لا يحصل بإعطاء غيرهم ، ولأنه نسك يختص بالحرم فكان جميعه محتصا به كالطواف وسائر المناسك .

(فصل) والطعام كالهدى يختص بمساكين الحرم فيما يختص الهدى ، وقال عطاء والنخعي : ما كان من هدى فبمكة ، وما كان من طعام وصيام فحيث شاء ، وهذا يقتضيه مذهب مالك وأبي حنيفة .

ولنا قول ابن عباس : الهدى والطعام بمكة والصوم حيث شاء ، ولأنه نسك يتعدى نفعه الى المساكين فاختص بالحرم كالهدى .

(فصل) ومساكين أهل الحرم من كان فيه من أهله أو وارد اليه من الحاج وغيرهم وهم الذين يجوز دفع الزكاة اليهم ، ولو دفع الى من ظاهره الفقر فبان غنيا خرج فيه وجهان كالزكاة ، وللشافعي فيه قولان ، وما جاز تفريقه بغير الحرم لم يجوز دفعه الى فقراء أهل الذمة ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وجوزوه أصحاب الرأي .

ولنا أنه كافر فلم يجوز الدفع اليه كالحربي .

(فصل) وإذا نذر هديا وأطلق فأقل ما يجزيه شاة أو سبع بائة أو بفرة ، لان المطلق في النذر يجب حمله على المعهود شرعا ، والهدى الواجب في الشرع إنما هو من النعم ؛ وأقله ما ذكرناه ، فحمل عليه : ولهذا لما قال الله تعالى في المنعة (فما أسنيس من الهدى) حمل على ما قلنا فإن اختار اخراج بدنة كاملة فهو أفضل وهل تكون كلها واجبة ؟ على وجهين :

أحدهما : تكون واجبة : اختاره ابن عقيل . لانه اختار الاعلى لأداء فرضه فكان كله واجبا كما لو اختار الاعلى من خصال كفارة اثنين أو كفارة الوطء في الحيض .

الثاني : يكون سبعها واجبا والباقي تطوعا له أكله وهديته لان الزائد على السبع يجوز تركه من غير شرط ولا بدل فأشبه ما لو ذبح شاتين وان عين الهدى بشيء لزمه ما عينه وأجزأه ، سواء كان من بهيمة الانعام أو من غيرها ، وسواء كان حيوانا أو غيره مما ينقل أو مما لا ينقل فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من راح - يعني الى الجمعة - في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ، ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة » فذكر الدجاجة والبيضة في الهدى ، وعليه ايصاله الى فقراء الحرم لانه سماه هديا وأطلق فيحمل على محل الهدى المشروع ، وقد قال الله تعالى (ثم محلها الى البيت العتيق) فان كان مما لا ينقل كالعقار باعه وبعث ثمنه الى الحرم فيصدق به فيه .

(فصل) وان نذر هديا متعلقا أو معينا وأطلق مكانه وجب عليه ايصاله الى مساكين الحرم ، وجوز أبو حنيفة ذبحه حيث شاء ؛ كما لو نذر الصدقة بشاة . ولنا قوله تعالى (ثم محلها الى البيت العتيق) ولان النذر يحمل على المعهود شرعا والمعهود في الهدى الواجب بالشرع كهدى المنعة والقران وأشباههما أن ذبحها يكون في الحرم ، كذا هنا ، وان عين نذره بموضع غير الحرم لزمه ذبحه به وتفرقة لجه على مساكين الحرم ، وإطلاقه لهم ، لما روى أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال « اني نذرت أن أنحر ببوانه » قال : أبها صنم ؟ قال : لا ، قال : أوف بنذرك » رواه أبو داود ، وان نذر الذبح بموضع به صنم أو شيء من أمر الكفر أو المعاصي ، كبيوت النار أو الكنائس والبيع وأشباه ذلك لم يصح نذره

فهو هذا الحديث ، ولانه نذر معصية فلا يفي به لقول النبي صلى الله عليه وسلم
 « لا نذر في معصية الله تعالى ولا فيما لا يملك ابن آدم » ، وقوله « من نذر أن يعصى
 الله فلا يعصه » .

(فصل) وقول الخرقى « إن قدر على ايصاله اليهم » يدل على أن العاجز عن
 ايصاله لا يلزمه ايصاله ، فإن الله لا يكلف نفسا الا وسعها ، فان منع الناذر الوصول
 بنفسه وأمكنه تنفيذه لزمه ، قال ابن عقيل : اذا حصر عن الخروج خرج في ذبح
 هذا الهدى المنذور في موضع حصره روايتان ، كدماء الحج ، واختار أن الصحيح
 جواز ذبحه في موضع حصره لأن النبي صلى الله عليه وسلم نحر هديه بالحديبية .
 والثانية : ان أمكن ارساله مع غيره ، فلا يجوز له ذبحه في موضعه لانه أمكنه
 ايصال المنذور الى محله فلزمه كغير المحصور .

« مسألة » قال (وأما الصيام فيجزئه بكل مكان)

لا نعلم في هذا خلافا . كذلك قال ابن عباس وعطاء والنخعي وغيرهم . وذلك
 لان الصيام لا يتعدى نفعه الى أحد فلا معنى لتخصيصه بمكان ، بخلاف الهدى
 والإطعام فان نفعه يتعدى الى من يعطاه .

(فصل) ويسن تقليد الهدى وهو أن يجعل في أعناقها النعال وأذان القرب
 وعراها أو علاقة اداة ، وسواء كانت ابلا أو بقرأ أو غنما ، وقال مالك وأبو حنيفة :
 لا يسن تقليد الغنم لانه لو كان سنة لنقل كما نقل في الإبل ،

ولنا أن عائشة قالت « كنت أقتل القلائد للنبي صلى الله عليه وسلم فيقتل الغنم
 ويقيم في أهله حلالا ، وفي لفظه « كنت أقتل قلائد الغنم للنبي صلى الله عليه وسلم » ،
 رواه البخارى ، ولانه هدى فيسن تقليده كالإبل ، ولأنه اذا سن تقليده الإبل
 مع امكان تعريفها بالاشعار فالغنم أولى ، وليس التساوى في النقل شرطا لصحة
 الحديث ، ولانه كان يهدى الإبل أكثر فكثر نقله .

(فصل) ويسن اشعار الإبل والبقر ، وهو أن يشق صفحة سنامها الايمن
 حتى يدميها في قول عامة أهل العلم ، وقال أبو حنيفة : هذا مثله غير جائز ، لان

النبي (ص) عن تعذيب الحيوان ولأنه لإيلا م فهو كقطع عضو منه ، وقال مالك : ان كانت البقرة ذات سنام فلا بأس بإشعارها والا فلا

ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها قالت « قتل قلاند هدى النبي (ص) ثم أشعرها وقلدها » متفق عليه ، رواه ابن عباس وغيره وفعله الصحابة فيجب تقديمه على عموم ما احتجوا به ، ولأنه إيلا م لغرض صحيح فجاز ، كالكي والوسم والفصد والحجامة ، والغرض أن لا تختلط بغيرها وأن يتوقاها اللص ، ولا يحصل ذلك بالتقليد لأنّه يحتمل أن ينحل ويذهب . وقياسهم منتقض بالكي والوسم ، وتشعر البقرة لأنّها من البدن فتشعر كذات السنام ، وأما الغنم فلا يسن إشعارها لأنّها ضعيفة وصوفها وشعرها يستر موضع إشعارها .

إذا ثبت هذا فالسنة الإشعار في صفحتها اليمنى ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وقال مالك وأبو يوسف : بل تشعر في صفحتها اليسرى . وعن أحمد مثله ، لأن ابن عمر فعله .

ولنا ما روى ابن عباس « أن النبي (ص) صلى بذي الحليفة ثم دعا ببدنة وأشعرها من صفحة سنامها الأيمن ، وسلت الدم عنها بيده » رواه مسلم . وأما ابن عمر فقد روى عنه كنهبتنا ، رواه البخاري ، ثم فعل النبي صلى الله عليه وسلم أولى من قول ابن عمر وفعله بلا خلاف ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم « كان يعجبه التيمن في شأنه كله » . وإذا ساق الهدى من قبل الميقات استحب إشعاره وتقليده من الميقات ، لحديث ابن عباس ، وإن ترك الإشعار والتقليد فلا بأس ، لأن ذلك غير واجب

(فصل ولا يسن الهدى إلا من بهيمة الأنعام ، لقول الله تعالى ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير) وأفضله الإبل ثم البقر ثم الغنم ، لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح فكأنما قرب بدنة ، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ، ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً أقرن ، ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة : ومن

راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة ، متفق عليه . وقال ابن عباس لامرأة أصابها زوجها في العمرة عليك فدية من صيام أو صدقة أو نسك ، قالت أى النسك أفضل ؟ قال ان شئت فناق ، وان شئت فبقرة ، قالت أى ذلك أفضل ؟ قال انحرى ناقة ، رواه الاثرم ، ولان ما كان أكثر لحما كان أنفع للفقراء ، ولذلك أجزأت البدنة مكان سبع من الغنم ، والشاة أفضل من سبع بدنة . لان لحما أطيب والصن أن أفضل من المعز لذلك

(فصل) والذكر والاثنى في الهدى سواء ، وعن أجاز ذكران الابل ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومالك وعطاء والشافعي . وعن ابن عمر أنه قال : ما رأيت أحدا فاعلا ذلك ، وان انحر أثني أحب الي ، والاول أولى ، لآن الله تعالى قال (والبدن جعلناها لكم من شعائر الله) ولم يذكر ذكرا ولا أثني ، وقد ثبت أن النبي (ص) أهدى جملا لابن جهم في أنفه برة من فضة ، رواه أبو داود وابن ماجه ، ولانه يجوز من سائر أنواع بهيمة الانعام ، ولذلك قال النبي (ص) : فكأنما قرب كبشا أقرن ، فكذلك من الابل ، ولان القصد اللحم ولحم الذكور أو فر ولحم الاثنى أرطب فيتساويان . قال أحمد : الخصى أحب الينا من النعجة وذلك لان لحمه أوفر وأطيب

• مسألة ، قال (• من وجبت عليه بدنة فذبح سبعا من الغنم أجزأه •)

ظاهر هذا أن سبعا من الغنم يحزى عن البدنة مع القدرة عليها ، سواء كانت البدنة واجبة ينذر أو جزاء صيد أو كفارة وطء . وقال ابن عقيل : انما يحزى ذلك عنها عند عديمها في ظاهر كلام أحمد ، لان ذلك بدل عنها فلا يصار اليه مع وجودها كسائر الابدال ، فأما مع عديمها فيجوز ، لما روى ابن عباس قال : أتى النبي (ص) رجل فقال : ان علي بدنة وأنا موسر لها ولا أجدها فاشتريها ؟ فأمره النبي (ص) أن يبتاع سبع شياه فيذبحهن ، رواه ابن ماجه

ولنا أن الشاة معدولة بسبع بدنة : وهى أطيب لحما : فإذا عدل عن الادينى الى الاعلى جاز ، كما لو ذبح بدنة مكان شاة

(فصل)

ومن وجب عليه سبع من الغنم في جزاء الصيد لم يجزئه بدنة في الظاهر ، لأن سبعا من الغنم أطيب لحما ، فلا يعدل عن الأعلی الى الأدنى ، وإن كان ذلك في كفارة محظور أجزأه بدنة ، لأن الدم الواجب فيه ما استيسر من الهدى ، وهو شاة أو سبع بدنة ، وقد كان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يتمنعون فيذبجون البقرة عن سبعة قال جابر : كنا نتمتع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها ، وفي لفظ : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نشترك في الإبل والبقر كل سبعة منا في بدنة ، رواه مسلم .

(فصل) ومن وجبت عليه بقرة أجزأته بدنة : لأنها أكث لحما وأوفر ويجزئه سبع من الغنم ، لأنها تجزئ عن البدنة ، فعن البقرة أولى ، ومن لزمه بدنة في غير النذر وجزاء الصيد أجزأته بقرة ، لما روى أبو الزبير عن جابر قال : كنا ننحر البدنة عن سبعة ، ف قيل له : والبقرة ؟ فقال : وهل عى إلا من البدن ؟ ، فأما في النذر : فقال ابن عقيل : يلزمه ما نواه ، فإن أطلق فعنه روايتان .
إحداها : تجزئه البقرة ، لما ذكرنا من الخبر .

والأخرى : لا تجزئه إلا أن يعدم البدنة ، وهذا قول الشافعى ، لأنها بدل فاشتراط عدم المبدل ، والأولى أولى للخبر ، ولأن ما أجزأ عن سبعة في الهدايا ودم المتعة أجزأ في النذر بلفظ البدنة كالجزور .

(فصل) ويجوز أن يشترك السبعة في البدنة والبقرة ، سواء كان واجبا أو تطوعا ، وسواء أراد جميعهم القرية أو بعضهم وأراد الباقيون اللحم ، وقال مالك : لا يجوز الاشتراك في الهدى .

وقال أبو حنيفة : يجوز إذا كانوا متفرقين كلهم ، ولا يجوز إذا لم يرد بعضهم القرية ، وحديث جابر يرد قول مالك

ولنا على أبي حنيفة : أن الجزء المجزئ لا ينقص بإرادة الشريك غير القرية ، فجاز كما لو اختلفت جهات القرب فأراد بعضهم المتعة والآخر القران ، ويجوز أن يقسموا اللحم لأن القسمة إفراز حق وليست يعا .

«مسألة، قال (وما لزمت من الدماء فلا تجزئ إلا الجذع من الضأن والثني من غيره)

هذا في غير جزاء الصيد ، فأما جزاء الصيد فثمة جفرة وعناق وجدى وصحيح ومعيب ، وأما في غيره مثل هدى المتعة وغيره فلا تجزئ إلا الجذع من الضأن وهو الذى له ستة أشهر ، والثني من غيره : وثني المعز ماله سنة ، وثني البقر له سنتان ، وثني الإبل له خمس سنين ، وهذا قال مالك والليث والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال ابن عمر والزهرى : لا تجزئ إلا الثني من كل شيء ، وقال عطاء والاوزاعى : تجزئ الجذع من الكل إلا المعز .

ولنا على الزهرى : ما روى عن أم بلال بنت هلال عن أبيها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يجوز إلا الجذع من الضأن أضحية ، وعن عاصم بن كليب قال : كنا مع رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقال له : مجاشع من بني سليم فعزت الغنم ، أمر مناديا فتأدى : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول : ان الجذع يوفى ماتوفى منه الثنية ، وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تذبخوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبخوا جذعا من الضأن ، رواه ابن ماجه ، وروى حديث جابر مسلم وأبو داود ، وهذا حجة على عطاء والاوزاعى ، وحديث ابن بريدة بن نيار حين قال : يا رسول الله ، ان عندى عناقا جذعا هي خير من شاتى لحم ؟ فقال : تجزئك ولا تجزئ عن أحد بعدك ، أخرجه أبو داود والنسائى ، وفى لفظ : ان عندى داجنا جذعة من المعز ، قال أبو عبيد الهروى ، قال ابراهيم الحزبى . إنما يجزئ الجذع من الضأن فى الاضاحى لأنه يزو فيلقح ، فإذا كان من المعز لم يلحق حتى يصير ثنيا .

(فصل وينمى من العيوب فى الهدى ما يمنع فى الاضحية ، قال البراء بن عازب : قام فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أربع لا تجوز فى الاضاحى : العوراء البين عورها ، والمرضة البين مرضها ، والمرجاء البين ظللها ، والكسيرة التى لا تنقى ، قال قلت : إني أكره أن يكون فى السن نقص ، قال : ما كرهت فدعه ولا تحرمه على أحد ، رواه أبو داود والنسائى ، وهذا قال عطاء ، قال . أما الذى سمعناه قال أربع ، وكل شيء سواهن جائز ، ومعنى قوله « البين عورها ،

أى انخسفت عنها وذهبت ، فإن ذلك ينقصها ، لأن شحمة العين عضو مستطاب فلو كان على عينها بياض ولم تذهب العين جازت التضحية بها ، لأن ذلك لا ينقصها في اللحم ، والرجاء البين عرجها التى عرجها متفاحش ينمى السبير مع الغنم ومشاركتهن فى العلف ويهزلها ، والتى لا تنقى التى لا مخ فيها لهزالها .

والمریضة قبل هى الجرباء ، لأن الجرب يفسد اللحم ، وظاهر الحديث : أن كل مریضة مريضاً يؤثر فى هزالها أو فى فساد لحمها يمنع التضحية بها ، وهذا أولى لتناول اللفظ له والمعنى ، فهذه الأربع لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى منعها ، وبشئت الحكم فيما فيه نقص أكثر من هذه العيوب بطريق التنبيه ، فلا تجوز العمياء : لأن العمى أكثر من العور ، ولا يعتبر مع العمى انخساف العين ، لانه يخل بالمشى مع الغنم ، والمشاركة فى العلف أكثر من إخلال العرج ، ولا يجوز ما قطع منها عضو مستطاب كالالية ، لان ذلك أبلغ فى الإخلال بالمقصود من ذهاب شحمة العين ، فأما العضباء وهى ما ذهب نصف أذن أو قرننها فلا تجزى . وبه قال أبو يوسف ومحمد فى عضباء الأذن ، وعن أحمد لا تجزى . ما ذهب ثلث أذن ، وبه قال أبو حنيفة ، وروى عن على وعمار وسعيد بن المسيب والحسن تجزى المكسورة القرن ، لان ذهاب ذلك لا يؤثر فى اللحم ، فأجزأت كالجاء ، وقال مالك : ان كان يدمى لم يجز وإلا جاز .

ولنا ما روى على رضى الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحى بأعضب الأذن والقرن ، رواه النسائي وابن ماجه : قال قتادة : فسألت سعيد بن المسيب فقال : نعم ، العضب النصف فأكثر من ذلك ، ويحمل قول على رضى الله عنه ومن وافقه على أن كسر ما دون النصف لا يمنع .

(فصل) ويجزى الحصى سواء كان من قطعت خصيتاه أو مسلولاً ، وهو الذى سلت يعضته أو موجوداً ، وهو الذى رضت يعضته ، لأن النبی (ص) « ضحى بكبشين أملحين موجودين » والمرصوص كالقطوع ، لأن ذلك العضو غير مستطاب وذهابه يؤثر فى سمته ، وكثرة اللحم وطيبه ، وهو المقصود ولا نعلم فى هذا خلافاً ، وتجزى الجاء وهى التى لم يخلق لها قرن .
وحكى عن ابن حامد : أنها لا تجزى . لأن عدم القرن أكثر من ذهاب نصفه .

والأولى أنها تجزئ ، لأن القرن ليس بقصود ، ولا ورد النبي عما عدم فيه وتجزئ الصمعاء وهي التي لم يخلق لها أذن أو خلقت لها أذن صغيرة كذلك ، وتجزئ البتراء وهي مقطوعة الذنب كذلك .

فصل في

وبكره أن يضحي بشقوقة الأذن أو ما قطع منها شيء أو ما فيها عيب من هذه العيوب التي لا تمنع الاجزاء ، لقول علي رضي الله عنه ، أمرنا أن نستشرف العين والأذن ، ولا يضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا خرقاء ولا شرقاء ، قال زمير قلت : لا بئس إسحاق ما المقابلة ؟ قال : يقطع طرف الأذن ، قلت : فما المدابرة ؟ قال : يقطع مؤخر الأذن ، قلت : فما الخرقاء ؟ قال : يشق الأذن ، قلت : فما الشرعاء ؟ قال : يشق أذنهما السمة ، رواه أبو داود والنسائي .

قال القاضي : الخرقاء التي انتقبت أذنهما والشرعاء التي تشق أذنهما وتبقى كالشاخين وهذا نهي تنزيه ، ويحصل الاجزاء بها ، لا نعلم في هذا خلافا .

(فصل) يستحب لمن أتى مكة أن يطوف بالبيت ، لأن الطواف بالبيت صلاة والطواف أفضل من الصلاة والصلاة بعد ذلك يروى عن ابن عباس قال : الطواف أنكم يا أهل العراق والصلاة لا أهل مكة ، وقال عطاء : الطواف للغرباء والصلاة لأهل البلد ، قال : ومن الناس من يقول يزور البيت كل يوم من أيام منى ، ومنهم من يختار الإقامة بمبنى لائها أيام منى ، واحتج أبو عبد الله بحديث أبي حسان عن ابن عباس : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفيض كل ليلة .

(فصل) ويستحب لمن حج أن يدخل البيت ويصل فيه ركعتين ، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم ولا يدخل البيت بتعليه ، ولا خفيه ولا الحجر أيضاً ، لأن الحجر من البيت ، ولا يدخل الكعبة بسلام : قال : وثياب الكعبة إذا نزعنا تصدق بها ، وقال : إذا أراد أن يستشفى بشيء من طيب الكعبة فليأت بطيب من عنده ، فليزقه على البيت ثم يأخذه ، ولا يأخذ من طيب البيت شيئاً ، ولا يخرج من تراب الحرم ، ولا يدخل فيه من الحل ، كذلك قال عمر وابن عباس

رضى الله عنهما ، ولا يخرج من حجارة مكة وتراها إلى الحل ، والخروج أشد إلا أن ماء زمزم أخرجه كعب .

(فصل) قال أحمد : كيف لنا بالجوار بمكة . قال النبي (ص) : إنك لأحب البقاع إلى الله عز وجل ، ولولا إني أخرجت منك ما خرجت ، وإنما كره الجوار بمكة لمن هاجر منها ، وجابر بن عبد الله جاور بمكة ، وجميع أهل البلاد ومن كان من أهل اثنين ليس بمنزلة من يخرج ويهاجر ، أى لا بأس به ، وابن عمر كان يقيم بمكة . قال والمقام بالمدينة أحب إلى من المقام بمكة لمن قوى عليه : لأنها مهاجر المسلمين ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا يصبر أحد على لأوائها وشذتها إلا كنت له شفيعا يوم القيامة .

(فصل) ويستحب زيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم ، لما روى الدارقطني بإسناده عن ابن عمر قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من حج فزار قبري بعد وفاتي فكلأما زارني في حياتي ، وفي رواية : من زار قبري وجبت له شفاعتي ، رواه باللفظ الأول سعيد ثنا حفص بن سليمان ^(١) عن ليث عن مجاهد عن ابن عمر وقال أحمد في رواية عبد الله عن يزيد بن قسيط عن أبي هريرة أن النبي (ص) قال : ما من أحد سلم على عند قبري ^(٢) إلا رد الله على روحه حتى أرد عليه السلام ، وإذا حج الذي لم يحج قط يعنى من غير طريق الشام لا يأخذ على طريق المدينة لأنى أخاف أن يحدث به حدث ، فينبغى أن يقصد مكة من أقصد الطرق ولا يتشغل بغيره ، ويروى عن العتيبي قال : كنت جالسا عند قبر النبي (ص)

(١) حفص هذا منكر الحديث ضعفه وتركوه ، كما قال أحمد والبخارى ومسلم والنسائي وغيرهم : بل كذبه بعضهم . فأقل ما يقال في هذا الحديث أنه ضعيف منكر (٢) رواه أبو داود بدون زيادة عند قبري ، وأشار السيوطي في الجامع الصغير إلى ضعفه ، ولكن صححه بعضهم بشواهد له وآفته أبو صخر حميد بن زياد الخراط اختلفوا فيه . قيل ضعيف . وقيل لا بأس به . والروايتان عن أحمد وغيره ، وقد انفرد به ، وما انفرد به مثله لا يكون صحيحا البته . كتبه محمد رشيد رضا ومن أراد الانصاف فليرجع الى كتاب الصارم المنكي . وقد طبعناه حديثا

فجاء أعرابي فقال : السلام عليك يا رسول الله ، سمعت الله يقول (ولو أنهم اذ
 ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله تواباً رحيماً)
 وقد جئتكم مستغفراً الذي مستشفعا بك الى ربي ثم أنشأ يقول :

يا خير من دفنت بالقاع أعظمه فطاب من طيبين القاع والأكم
 نفسى الفداء لقبر أنت ساكنه فيه العفاف وفيه الجود والكرم
 ثم انصرف الأعرابي فحملني عيني فمعت فرأيت النبي (ص) في النوم فقال :
 يا عبي الحق الأعرابي فبشره أن الله قد غفر له (١) ،

ويستحب لمن دخل المسجد أن يقدم رجلاه اليمنى ، ثم يقول : بسم الله والصلاة
 على رسول الله ، اللهم صل على محمد وعلى آل محمد واغفر لي وافتح لي أبواب
 رحمتك ، وإذا خرج قال مثل ذلك . وقال وافتح لي أبواب فضلك ، لما روى عن
 فاطمة بنت رسول الله (ص) ورضي الله عنها ، أن رسول الله (ص) عليها أن
 تقول ذلك إذا دخلت المسجد ،

ثم أتاني القبر فتولى ظهرك القبلة وتستقبل وسطه وتقول : السلام عليك أيها
 النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام عليك يا نبي الله وخيرته من خلقه ، أشهد أن
 لا إله الا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، أشهد أنك قد
 بلغت رسالات ربك ونصحت لأمتك ودعوت الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة
 الحسنة وعبدت الله حتى أتاك اليقين ، فضلى الله عليك كثيراً كما يحب ربنا
 ويرضى ، اللهم أجز عنا نبينا أفضل ما جزيت أحداً من النبيين والمرسلين ، وابعثه
 المقام المحمود الذى وعدته ، يغبطه به الأولون والآخرون ، اللهم صل على محمد
 وعلى آل محمد كما صليت على إبراهيم وآل إبراهيم انك حميد مجيد ، وبارك على محمد
 وعلى آل محمد كما باركت على إبراهيم وآل إبراهيم انك حميد مجيد ، اللهم انك
 قلت وقولك الحق (ولو أنهم اذ ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر
 لهم الرسول لوجدوا الله تواباً رحيماً) وقد أتيتك مستغفراً من ذنوبي مستشفعا بك

(١) زاد بعضهم بشفاعتي ، قال صاحب الصارم المنكى : هذه الحكاية لا يصح
 لها سند عن العتي ولا هي مما يحتاج به .

إلى ربى ، فاسألك يا رب أن توجب لى المغفرة كما أوجبتها لمن أتاه فى حياته ،
اللهم اجعله أول الشافعين وأنجح السائلين وأكرم الآخرين والأولين برحمتك
يا أرحم الراحمين .

ثم يدعو لوالديه ولاخوانه وللسلمين أجمعين ، ثم يتقدم قليلا ويقول السلام عليك
يا أبا بكر الصديق السلام عليك يا عمر الفاروق السلام عليك يا صاحبي رسول الله
صلى الله عليه وسلم وضجيعيه ووزيريه ورحمة الله وبركاته ، اللهم اجزها
عن نبيها وعن الاسلام خيرا سلام عليكم بما صبرتم فنعمة عفى الدار ،
اللهم لا تجعله آخر العهد من قبر نبيك صلى الله عليه وسلم ومن حرم مسجدك
يا أرحم الراحمين .

(فصل)

ولا يستحب التمسح بمناط قبر النبي صلى الله عليه وسلم ولا تقبيله ، قال أحمد
ما أعرف هذا ، قال الأثرم : رأيت أهل العلم من أهل المدينة لا يمسون قبر النبي
صلى الله عليه وسلم يقومون من ناحية فيسلمون ، قال أبو عبد الله وهكذا كان
ابن عمر يفعل ، قال أما المنبر فقد جاء فيه يعنى ما رواه إبراهيم بن عبد الرحمن
ابن عبد القارىء أنه نظر إلى ابن عمر وهو يضع يده على مقعد النبي صلى الله عليه وسلم
من المنبر ثم يضمها على وجهه .

(فصل) ويستحب لمن رجع من الحج أن يقول ما روى البخارى عن عبد الله
ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا قفل من غزو أو حج أو عمرة
يكبر على كل شرف من الأرض ثم يقول « لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له
الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير ، آيئون تائبون عابدون : لربنا حامدون
صدق الله وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده .

كتاب البيوع

البيع . مبادلة المال بالمال تليكا وتمسكا ، واشتقاقه : من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين يمد بآعه للأخذ والاعطاء ، ويحتمل أن كل واحد منها كان يبيع صاحبه ، أى يصالحه عند البيع ، ولذلك سمي البيع صفقة ، وقال بعض أصحابنا : هو الإيجاب والقبول ، إذا تضمن عينيّن للتملك ، وهو حد قاصر لخروج بيع المعاطاة منه ، ودخول عقود سوى البيع فيه .

والبيع جائز بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب : فقول الله تعالى (وأحل الله البيع) وقوله تعالى (وأشهدوا إذا تباعتم) وقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) وروى البخارى عن ابن عباس قال : كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقا في الجاهلية ، فلما كان الاسلام تأمروا فيه فأزلت (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) يعنى في مواسم الحج ، وعن الزبير نحوه .

وأما السنة : فقول النبي صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، متفق عليه ، وروى رفاعه : أنه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم إلى المصلى ، فرأى الناس يتبايعون ، فقال : يا معشر التجار ، فاستجابوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه ، فقال : إن التجار يبعثون يوم القيامة جارا إلا من بر وصدق ، قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح ؛ وروى أبو سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء ، قال الترمذى : هذا حديث حسن — فى أحاديث كثيرة سوى هذه .

وأجمع المسلمون على جواز البيع فى الجملة ، والحكمة تقتضيه لأن حاجة الإنسان تتعلق بما فى يد صاحبه ، وصاحبه لا يذله بغير عوض ؛ ففى شرع البيع وتجويده شرع طريق إلى وصول كل واحد منها إلى غرضه ودفع حاجته .

(فصل) والبيع على ضربين :

أحدهما : الإيجاب والقبول ، فلا يجاب أن يقول : بعتك أو ملكتك ، أو

لفظ يدل عليها ، والقبول : أن يقول : اشتريت ، أو قبلت ونحوهما . فإن تقدم
القبول على الإيجاب بلفظ الماضي ، فقال : ابتعت منك ، فقال : بعثك . صح ، لأن
لفظ الإيجاب والقبول وجد منها على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما به
فصح كما لو تقدم الإيجاب ، وإن تقدم بلفظ الطلب ، فقال : بعني ثوبك ، فقال :
بعثك ، فقيه روايتان :

أحدهما : يصح كذلك ، وهو قول مالك والشافعي .

والثانية : لا يصح ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه لو تأخر عن الإيجاب لم يصح
به البيع . فلم يصح إذا تقدم ، كلفظ الاستفهام ، ولأنه عقد عرى عن القبول . فلم
ينعقد كما لو لم يطلب ، وحكى أبو الخطاب فيما إذا تقدم بلفظ الماضي : روايتان
أيضا فأما إن تقدم بلفظ الاستفهام ، مثل أن يقول : أتبيعني ثوبك بكذا ؟ فيقول
بعثك لم يصح بحال ، نص عليه أحمد ، وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ، ولا نعلم
عن غيرهم خلافهم ، لأن ذلك ليس بقبول واستدعاء .

الضرب الثاني : المعاطاة ، مثل أن يقول ، أعطني هذا الدينار خبزاً ، فيعطيه
ما يرضيه ، أو يقول . خذ هذا الثوب بدينار فياخذه ، فهذا بيع صحيح ، نص عليه
أحمد ، فيمن قال لحباز . كيف تبيع الحبز ؟ قال كذا بدرهم : قال . زنه وتصدق به
فإذا وزنه فهو عليه ، وقول مالك نحو من هذا فإنه قال . يقع البيع بما يعتقده الناس
بيعا ، وقال بعض الحنفية : يصح في خسائس الأشياء ، وحكى عن القاضي مثل هذا
قال . يصح في الأشياء اليسيرة دون الكبيرة ، ومذهب الشافعي رحمه الله . أن البيع
لا يصح إلا بالإيجاب والقبول ، وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا .

ولنا أن الله أحل البيع ، ولم يبين كيفيته : فوجب الرجوع فيه إلى العرف
كما رجع إليه في القبض والاحراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم
على ذلك ، ولأن البيع كان موجودا بينهم معلوما عندهم ، وإنما علق الشرع عليه
أحكاما ، وبقاه على ما كان ، فلا يجوز تغييره بالرأى والتحكم : ولم ينقل عن النبي
صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه ، مع كثرة وقوع البيع بينهم ، استعمال الإيجاب
والقبول ، ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلا شائعا ، ولو كان ذلك شرطا
لوجب نقله ، ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله ، ولأن البيع مما تعم به البلوى

فلو اشترط له الايجاب والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بانا عاما : ولم يخف حكمة
لأنه يفضى إلى وقوع العقود الفاسدة كثيرا وأكلهم المال بالباطل ، ولم ينقل ذلك
عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ، ولأن الناس
يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ، ولم ينقل إنكاره قبل مخالفينا ، فكان
ذلك إجماعا ، وكذلك الحكم في الايجاب والقبول في الهبة والهبة والصدقة ، ولم
ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه
وقد أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحبشة وغيرها ، وكان الناس
يتحرون بهدياهم يوم عائشة . متفق عليه

وروى البخارى عن أبي هريرة قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا
أتى بطعام سأل عنه . أهدي أم صدقة ؟ فإن قيل صدقة ، قال لا أصحابه ، كلوا ،
ولم يأكل ، وإن قيل . هدية ضرب بيده وأكل معهم ، وفي حديث سلمان حين جاء
إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر فقال : هذا شيء من الصدقة ، رأيتك أنت
وأصحابك أحق الناس به ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا أصحابه . كلوا ولم يأكل
ثم أتاه ثمانية بتمر فقال رأيتك لا تأكل الصدقة . وهذا شيء أهديته لك ، فقال
النبي صلى الله عليه وسلم . بسم الله وأكل ، ولم ينقل قبول ولا أمر بإيجاب :
وانما سأل ليعلم . هل هو صدقة أو هدية ؟ وفي أكثر الاخبار لم ينقل ايجاب
ولا قبول : وليس إلا المعاطاة ، والتفرق عن تراض يدل على صحته ، ولو كان
الايجاب والقبول شرطا في هذه العقود لشق ذلك ، ولكانت أكثر عقود المسلمين
فاسدة ، وأكثر أموالهم محرمة ، ولأن الايجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على
التراضى : فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطى قام مقامهما ، وأجر أعنيهما
لعدم التعبد فيه .

❦ خيار المتبايعين ❦

أى باب خيار المتبايعين لخفف اختصارا .

مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (والمتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم
يتفرقا بأبدانهما)

في هذه المسألة ثلاثة فصول .

أحدها . أن البيع يقع جائزاً : ولكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع مادام مجتمعين لم يتفرقا : وهو قول أكثر أهل العلم : يروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأبي بزة : وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهري والاوزاعي وابن أبي ذئب والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وقال مالك وأصحاب الرأي . يلزم العقد بالإيجاب والقبول ، ولا خيار لهما لأنه روى عن عمر رضي الله عنه « البيع صفقة أو خيار » ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرده كالنكاح والخلع .

ولنا ما روى ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتابعا على ذلك فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه ، وقال (ص) « البيمان بالخيار ما لم يتفرقا » رواه الأئمة كلهم ، ورواه عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وحكيم ابن حزام وأبو بزة الأسلمي ، واتفق على حديث ابن عمر وحكيم ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك وأبوب وعبيد الله بن عمر وابن جريج والليث بن سعد ويحيى ابن سعيد وغيرهم ، وهو صريح في حكم المسألة ، وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث ، مع روايته له وثبوته عنده ، وقال الشافعي رحمه الله لا أدري هل انهم مالك نفسه أو نافعاً ؟ وأعظم أن أقول . عبد الله بن عمر ، وقال ابن أبي ذئب . يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث .

فإن قيل . المراد بالتفرق ههنا التفرق بالأقوال كما قال تعالى (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) وقال النبي صلى الله عليه وسلم ، ستفرق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة ، أي بالأقوال والاعتقادات . قلنا هذا باطل لوجوه .

منها . أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه . الثاني . أن هذا يبطل فائدة الحديث ، إذ قد علم أنها بالخيار قبل العقد في انشائه وإتمامه أو تركه .

الثالث : أنه قال في الحديث ، « إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ، لجعل لهما الخيار بعد تباعيهما وقال ، وإن تفرقا بعد أن تباعيا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » .

الرابع : أنه يرده تفسير ابن عمر للحديث بفعله ، فإنه كان إذا باع رجلا مشى خطوات ليلزم البيع ، وتفسير أبي برزة له بقوله على مثل قولنا ، وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه ، وقول عمر « البيع صفقة أو خيار ، معناه : إن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار ، وبيع لم يشترط فيه ، سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه ، فإنه قد روى عنه أبو إسحاق الجوزجاني مثل مذهبننا ، ولو أراد ما قالوه لم يجر أن يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم ، فلا حجة في قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد كان عمر إذا بلغه قول النبي صلى الله عليه وسلم رجع عن قوله . فكيف يعارض قوله بقوله ؟ على أن قول عمر ليس بحجة إذا خالفه بعض الصحابة ، وقد خالفه ابنه ذأبو برزة وغيرهما ، ولا يصح قياس البيع على النكاح لأن النكاح لا يقع غالباً إلا بعد رؤية ونظر وتمسك ، فلا يحتاج إلى الخيار بعده ولأن في ثبوت الخيار فيه مضرة ، لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد ، وذهاب حرمتها بالرد ، وإلحاقها بالسلع المبيعة ، فلم يثبت فيه خيار لذلك ، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية ، والحكم في هذه المسألة ظاهر لظهور دليله ، وهما ما ذكره المخالف في مقابلته والله أعلم .

الفصل الثاني : أن البيع يلزم بتفرقهما لدلالة الحديث عليه . ولا خلاف في لزومه بعد التفرق ، والمرجع في التفرق إلى عرف الناس وعاداتهم فيما يعدونه تفرقا لأن الشارع علق عليه حكماً ولم يبينه فدل ذلك على أنه أراد ما يعرفه الناس ، كالقبض والإحراز ، فإن كانا في فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء فبان يمشى أحدهما مستديراً لصاحبه خطوات ، وقيل : هو أن يبعد منه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة ، قال أبو الحارث : سئل أحد عن تفرقة الأبدان ؟ فقال : إذا أخذ هذا كذا وهذا كذا فقد تفرقا ، وروى مسلم عن نافع قال ، فكان ابن عمر إذا باع فأراد أن لا يقبله مشى هنية ثم رجع ، وإن كانا في دار كبيرة ذات مجالس ويوت فالمفارقة : أن يفارقه من بيت إلى بيت ، أو إلى مجلس أو صفعة ،

أو من مجلس إلى بيت أو نحو ذلك . فإن كانا في دار صغيرة فإذا صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه ، وإن كانا في سفينة صغيرة خرج أحدهما منها ومشى وإن كانت كبيرة صعد أحدهما على أعلاها ونزل الآخر في أسفلها ، وهذا كله مذهب الشافعي ، فإن كان المشتري هو البائع ، مثل أن يشتري لنفسه من مال ولده ، أو اشترى لولده من مال نفسه ، لم يثبت فيه خيار المجلس لأنه تولى طرفي العقد فلم يثبت له خيار ، كالشفيع ، ويحتمل أن يثبت فيه ويعتبر مفارقة مجلس العقد للزوم لأن الاقتراق لا يمكن هنا ، لكون البائع هو المشتري ومتى حصل التفرق لزم العقد قصداً ذلك أو لم يقصده ، علماء أو جهلاء . لأن النبي صلى الله عليه وسلم علق الخيار على التفرق وقد وجد . ولو هرب أحدهما من صاحبه لزم العقد لأنه فارقه باختياره ، ولا يقف لزوم العقد على رضاهما ، ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه يلزم البيع ، ولو أقاما في المجلس وسدلا بينهما سترأ ، أو بنيا بينهما حاجزاً أو ناما أو قاما فضياً جميعاً ولم يتفرقا . فالخيار بحاله ، وإن طال المدة لعدم التفرق ، وروى أبو داود والأثرم بإسنادهما عن أبي الرضى قال : غزونا غزوة لنا فتر لنا منزلاً ، فباع صاحب لنا فرساً بغلام ، ثم أقاما بقية يومهما وليتهما ، فلما أصبحا من الغد وحضر الرحيل قام إلى فرسه يسرجه فندم ، فأتى الرجل وأخذه بالبيع ، فأتى الرجل أن يدفعه إليه ، فقال بيني وبينك أبو برزة صاحب رسول الله (ص) فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر ، فقالا له : هذه القصة . فقال : أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله (ص) ؟ قال رسول الله (ص) : «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ما أراكما افتراقاً ، فإن فارق أحدهما الآخر مكرها احتمل بطلان الخيار لوجود غايته وهو التفرق ، ولأنه لا يعتبر رضاه في مفارقة صاحبه له ، فكذلك في مفارقه لصاحبه ، وقال القاضي : لا ينقطع الخيار لأنه حكم علق على التفرق ، فلم يثبت مع الاكراه ، كما لو علق عليه الطلاق ، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ، فعلى قول من لا يرى انقطاع الخيار : إن أكره أحدهما على فرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه ، كما لو هرب منه وفارقه بغير رضاه ، ويكون الخيار للسكره منهما في المجلس الذي يزول عنه فيه الاكراه حتى يفارقه ، وإن أكرها جميعاً انقطع خيارهما . لأن كل

واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه ، وذكر ابن عقيل من صور الاكراه : ما لو رآيا سبعا أو ظالماً خشياً فهربا فزعا منه ، أو حملهما سيل أو فرقت ريح بينهما .

(فصل)

وإن خرس أحدهما قامت إشارته مقام لفظه . فإن لم تفهم إشارته أو جن أو أغمى عليه قام وليه من الأب أو وصيه أو الحاكم مقامه ، وهذا مذهب الشافعي . وإن مات أحدهما بطل خياره . لأنه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث وأما الباقي منهما فيبطل خياره أيضاً . لأنه يبطل بالتفرق ، والتفرق بالموت أعظم ، ويحتمل أن لا يبطل لأن التفرق بالأبدان لم يحصل فإن حل الميث بطل الخيار لأن الفرقة حصلت بالبدن والروح معاً :

(فصل) وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا ، إلا أن تكون صفقة خيار ، فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله » ، رواه النسائي والأثرم والترمذي وقال : حديث حسن . وقوله : « إلا أن تكون صفقة خيار » ، يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فإنه لا يلزم بتفرقهما ، ولا يكون تفرقهما غاية للخيار فيه لكونه ثابتاً بعد تفرقهما ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرطاً فيه أن لا يكون بينهما فيه خيار . فيلزم بمجرد العقد من غير تفرق ، وظاهر الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع ، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم . فإنه ذكر له فعل ابن عمر ، وحديث عمرو بن شعيب ، فقال : هذا الآن قول النبي صلى الله عليه وسلم . وهذا اختيار أبي بكر ، وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد : جواز ذلك . لأن ابن عمر « كان إذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه » متفق عليه ، والأول أصح ، لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل ابن عمر ، والظاهر أن ابن عمر لم يبلغه هذا ، ولو عليه لما خالفه .

الفصل الثالث : أن ظاهر كلام الخرق : أن الخيار يمتد إلى التفرق ، ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد . لأن أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » ، من غير تقييد

ولا تخصيص . هكذا رواه حكيم بن حزام وأبو بزة ، وأكثر الروايات عن عبد الله بن عمر .

والرواية الثانية أن الخيار يبطل بالتخاير ، اختارها الشريف ابن أبي موسى . وهذا مذهب الشافعي وهو أصح ، لقول النبي (ص) في حديث ابن عمر ، فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، يعني لزما . وفي لفظ « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون البيع كان عن خيار ، فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع ، متفق عليه ، والخذ بالزيادة أولى ، والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد ، فالتخاير في ابتدائه أن يقول : بعثك ولا خيار بيننا ويقبل الآخر على ذلك فلا يكون لهما خيار ، والتخاير بعده أن يقول كل واحد منهما بطل العقد : اخترت إمضاء العقد أو إلزامة ، أو اخترت العقد أو أسقطت خيارى فيلزم العقد من الطرفين ، وإن اختار أحدهما دون الآخر لزم في حقه وحده ، كما لو كان خيار الشرط لهما فأسقط أحدهما خياره دون الآخر

وقال أصحاب الشافعي : في التخاير في ابتداء العقد قولان ، أظهرهما لا يقطع الخيار لأنه إسقاط للحق قبل سببه فلم يجز كخيار الشفعة ، فعلى هذا هل يبطل العقد بهذا الشرط ؟ على وجهين ، بناء على الشروط الفاسدة

ولنا قوله عليه السلام ، فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وقوله : إلا أن يكون البيع كان عن خيار ، فإن كان البيع عن خيار وجب البيع ، وهذا صريح في الحكم فلا يعول على ما خالفه ، ولأن ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه مقارنة للعقد كاشتراط الخيار ، ولأنه أحد الخيارين في البيع ، فجاز إخلاؤه عنه كخيار الشرط .

وقولهم أنه إسقاط للخيار قبل سببه ليس كذلك ، فإن سبب الخيار البيع المطلق . فأما البيع مع التخاير فليس بسبب له ، ثم لو ثبت أنه سبب الخيار لكن المانع مقارنة له فلم يثبت حكمه . وأما الشفع فأنه أجنبي من العقد فلم يصح اشتراط إسقاط خياره في العقد بخلاف مسائلنا ، فإن قال أحدهما لصاحبه اختر ولم يقل الآخر شيئا ، فالساكت منهما على خياره لأنه لم يوجد منه ما يبطل خياره . وأما التنازل فيمحمّل أن يبطل خياره ، لما روى ابن عمر أن النبي (ص) قال « البيعان

بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر ، رواه البخاري وأبو داود والنسائي . ولأنه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، ويحتمل أن لا يبطل خياره لأنه خيره فلم يختَر فلم يؤثر فيه ، كما لو جعل لزوجته الخيار فلم تختَر شيئا ، ويحمل الحديث على أنه خيره فاختار ، والاول أولى لظاهر الحديث ولأنه جعل الخيار لنيره ، ويفارق الزوجة لأنه ملكها ما لا تملك ، فإذا لم تقبل سقط ، وههنا كل واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تمليكاً ، إنما كان إسقاطاً فسقط .

« مسألة ، قال (فإن تلفت السلعة أو كان عبداً فأعتقه المشتري ، أو مات بطل الخيار) »

أما اذا تلفت السلعة في مدة الخيار فلا يخلو إما أن تكون قبل القبض أو بعده ، فإن كان قبل القبض وكان مكيلاً أو موزوناً انفسخ البيع ، وكان من مال البائع ولا أعلم في هذا خلافاً ، إلا أن يتلفه المشتري فيكون من ضمانه ويبطل خياره ، وفي خيار البائع روايتان ، وإن كان المبيع غير المكيل والموزون ولم يمنع البائع المشتري من قبضه ، فظاهر المذهب أنه من ضمان المشتري ويكون كتلفه بعد القبض ، وأما ان تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار فهو من ضمان المشتري ويبطل خياره ، وفي خيار البائع روايتان

إحداهما يبطل ، وهو اختيار الحرق وأبو بكر ، لأنه خيار فسخ فبطل بتلف المبيع كخيار الرد بالمعيب إذا تلف المعيب

والرواية الثانية لا يبطل والبائع أن يفسخ ويطالب المشتري بقيمته . وهذا اختيار القاضي وابن عقيل ، لقول النبي (ص) «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، ولأنه خيار فسخ فلم يبطل بتلف المبيع ، كما لو اشتري ثوبا بثوب فتلف أحدهما ووجد الآخر بالثوب عيباً ، فإنه يردّه ويرجع بقيمة ثوبه ، كذا ههنا . وأما اذا أعتقه المشتري فإن خياره يبطل لأنه أتلفه ، وفي بطلان خيار البائع روايتان ، كما لو تلف المبيع ، وخيار المجلس وخيار الشرط في هذا كله سواء

(فصل ومتى تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار تصرفا يختص الملك بطل خياره ، كإعتاق العبد وكتأبته وبيعه وهبته ووطء الجارية أو مباشرتها أو لمسها لشهوة ، ووقف المبيع وركوب الدابة لحاجة أو سفر أو حمله عليها أو سكنى الدار ورمها وحصاد الزرع وقصل منه . فما وجد من هذا فهو رضا بالمبيع ويبطل به خياره ، لأن الخيار يبطل بالتصريح بالرضا وبدلالته . ولذلك يبطل خيار المعتقة بتمكينها الزوج من وطئها وقال لها رسول الله (ص) وإن وطئت فلا خيار لك ، وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي

فأما ركوب الدابة لينظر سيرها والطحن على الرحى ليعلم قدر طحنها وحلب الشاة ليعلم قدر لبنها ونحو ذلك فليس برضا بالمبيع ولا يبطل خياره . لأن ذلك هو المقصود بالخيار وهو اختبار المبيع . وذكر أبو الخطاب وجها في أن تصرف المشتري لا يبطل خياره . ولا يبطل إلا بالتصريح بالرضا . ولا يصح . لأن هذا يتضمن إجازة البيع ويدل على الرضا به . فبطل به الخيار كصریح القول . ولأن التصريح إنما أبطل الخيار لدلالته على الرضا به . فما دل على الرضا به يقوم مقامه ككنايات الطلاق تقوم مقام صريحه ، وإن عرضه على البيع أو باعه يعا فاسداً أو عرضه على الرهن أو غيره من التصرفات أو وهبه فلم يقبل الموهوب له بطل خياره . لأن ذلك يدل على الرضا به

قال أحمد : إذا اشترط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للبتاع لانه وجب عليه حين عرضه . وإن استخدم المشتري المبيع ففيه روايتان

إحداهما لا يبطل خياره . وقال أبو الصقر . قلت لأحمد رجل اشترى جارية وله الخيار فيها يومين . فأنطلق بها فغسلت رأسه أو غمزت رجله أو طاحت له أو خبزت هل يستوجبها بذلك ؟ قال لا . حتى يبلغ منها ما لا يحل لغيره . قلت فإن مشطها أو خضبها أو حفها هل يستوجبها بذلك ؟ قال قد بطل خياره لأنه وضع يده عليها . وذلك لأن الاستخدام لا يختص الملك . ويراد لتجربه المبيع فأشبه ركوب الدابة ليعلم سيرها

ونقل حرب عن أحمد أنه يبطل خياره لأنه انتفاع بالمبيع أشبه لمسها لشهوة . ويمكن أن يقال ما قصد به من الاستخدام تجربة المبيع لا يبطل الخيار . كركوب

الدابة ليعلم سيرها ومالا يقصد به ذلك يبطل الخيار كركوب الدابة لحاجته ، وإن قبلت الجارية المشتري لم يبطل خياره ، وهذا مذهب الشافعي

وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يبطل خياره إذا لم ينمها ، لأن إقراره لها حل ذلك يجري مجرى استمتاعه بها ، وقال أبو حنيفة : إن قبلته لشهوة بطل خياره ، لأنه استمتاع يختص الملك فأبطل خياره كقبلته لها

ولنا أنها قبلت لأحد المتعاقدين فلم يبطل خياره ، كما لو قبلت البائع ، ولأن الخيار له لا لها : فلو ألزمناه بفعلها لألزمناه بغير رضاه ولا دلالة عليه ، وفارق ما إذا قبلها ، فإنه وجد منه ما يدل على الرضا بها ، ومتى بطل خيار المشتري فتصرفه بخيار البائع باق بحاله ، لأن خياره لا يبطل برضا غيره ، إلا أن يكون تصرف المشتري بإذن البائع فإنه يبطل خيارهما معاً لوجود الرضا منهما بإبطاله : وإن تصرف البائع في المبيع بما يفقر إلى الملك كان فسخاً للبيع . وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لما ذكرناه في المشتري ، ولأنه أحد المتعاقدين فتصرفه في المبيع اختيار له كالمشتري وعن أحمد رواية أخرى أنه لا ينفسخ البيع بذلك ، لأن الملك انتقل عنه فلم يكن تصرفه فيه استرجاعاً له ، كمن وجد ماله عند مفلس فتصرف فيه

(فصل) وينتقل الملك إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب ، ولا فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما ، أيهما كان . وهذا أحد أقوال الشافعي . وعن أحمد : أن الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار ، وهو قول مالك . والقول الثاني للشافعي . وبه قال أبو حنيفة : إذا كان الخيار لهما أو للبائع ، وإن كان للمشتري خرج عن ملك البائع فلم يدخل في ملك المشتري ، لأن البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر فلم ينقل الملك كالهبة قبل القبض

والقول الثالث للشافعي أن الملك موقوف مراعى ، فإن أمضيا البيع تبينا أن الملك للمشتري ، والا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من باع عبداً وله مال فإله للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع » ، رواه مسلم . وقوله « من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرته للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع » ، متفق عليه ، فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه ، وهو عام في

كل بيع ، ولأنه بيع صحيح فنقل الملك عقبيه كالذي لا خيار له ، ولأن البيع تمليك بدليل قوله ملكتك ، فثبت به الملك كسائر البيع ، يحققه أن التملك يدل على نقل الملك الى المشتري ويقتضيه لفظه ، والشرع قد اعتبره وقضى بصحته ، فيجب ان يعتبره فيما يقتضيه ويدل عليه لفظه ، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه : كما لو باع عرضا بمرض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيبا

وقولهم انه قاصر غير صحيح ، وجواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك كبيع المعيب وامتياز التصرف انما كان لأجل حق الغير ، فلا يمنع ثبوت الملك كالموهون والمبيع قبل القبض

وقولهم انه يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري لا يصح لأنه يفضى الى وجود ملك لا مالك له وهو محال ويفضى أيضا الى ثبوت الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه المشتري أو الى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه ، وكون العقد معاوضة يأبى ذلك

وقول أصحاب الشافعي ان الملك موقوف ان أمضيا البيع تبينا انه انتقل والا فلا غير صحيح أيضا ، فإن انتقال الملك انما يبنى على سببه الناقل له وهو البيع ، وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه ، فإن أمضاه ليس من المقتضى ولا شرطا فيه ، اذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله والفسخ ليس بمانع ، فإن المنع لا يتقدم المانع كما أن الحكم لا يسبق سببه ولا شرطه ، ولأن البيع مع الخيار سبب يثبت الملك عقبيه فيما اذا لم يفسخ فوجب أن يثبت وان فسخ كبيع المعيب ، وهذا ظاهر ان شاء الله تعالى .

(فصل وما يحصل من غلات المبيع ونماؤه المنفصل في مدة الخيار فهو للمشتري ، أمضيا العقد أو فسخاه . قال أحمد فيمن اشترى عبدا فوهب له مال قبل التفريق ثم اختار البائع العبد فالملك للمشتري . وقال الشافعي : ان أمضيا العقد وقتلنا الملك للمشتري أو موقوف فالنماء المنفصل له . وإن قلنا الملك للبائع فالنماء له وإن فسخا العقد وقتلنا الملك للبائع أو موقوف . فالنماء له ، وإلا فهو للمشتري

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمآن » ، قال الترمذي : هذا حديث صحيح وهذا من ظمان المشتري . فيجب أن يكون خراجه له ، ولأن

المملك ينتقل بالمبيع على ما ذكرنا . فيجب أن يكون نفاؤه له كما بعد انقضاء الخيار .
ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع إذا فسخا العقد ، بناء على الرواية التي
قلنا إن المملك لا ينتقل . فأما انماء المنفصل فهو تابع للمبيع ، أمضيا العقد أو فسخاه
كما يتبعه في الرد بالعيب والمقايلة .

(فصل) وضمن المبيع على المشتري إذا قبضه ولم يكن مكبلا ولا موزونا فإن
تلف أو نقص أو حدث به عيب في مدة الخيار فهو من ضمانه لأنه ملكه وغلته له
فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار وموته عليه ، وإن كان عبدا فمل هلال شوال
فقطرته عليه لذلك ، فإن اشترى حاملا فولدت عنده في مدة الخيار ثم ردها على
البائع لزمه رد ولدها ، لأنه مبيع حدثت فيه زيادة متصلة فلزمه رده بزيادته ،
كما لو اشترى عبيدين فممن أحدهما عنده ، وقال الشافعي في أحد قوله
لا يرد الولد ، لأن الحمل لا حكم له ، لأنه جزء متصل بالأم ، فلم يأخذ قسما من
الثمن كأطرافها .

ولنا أن كل ما يقسط عليه الثمن إذا كان منفصلا يقسط عليه إذا كان متصلا
كالبن ، وما قالوه يبطل بالجزء المشاع كالثلث والربع ، والحكم في الأصل ممنوع ثم
يفارق الحمل الأطراف لأنه يؤول الى الانفصال وينتفع به منفصلا . ويصح
أفراد بالعتق والوصية به وله ، ويرث إن كان من أهل الميراث . ويفرد بالدية
ويرثها ورثته . ولا يصح قولهم أنه لا حكم للحمل لهذه الأحكام وغيرها مما ذكرناه
في غير هذا الموضع

(فصل) وإن تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع تصرفا ينقل المبيع
كالبيع والهبة والوقف . أو يشغله كالإجارة والتزويج والرهن والكتابة ونحوها لم
يصح تصرفه الا العتق . سواء وجد من البائع أو المشتري ، لأن البائع تصرف
في غير ملكه . والمشتري يسقط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع . فلم يصح
تصرفه فيه كالتصرف في الرهن . الا أن يكون الخيار للمشتري وحده فينفذ تصرفه
ويبطل خياره لأنه لا حق لغيره فيه وثبوت الخيار له لا يمنع تصرفه فيه كالمعيب
قال أحمد : إذا اشترط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للبائع لأنه قد وجب
٢٣ - ٢ المغني

عليه حين عرضه ، يعنى بطل خياره ولزمه ، وهذا والله أعلم فيما اذا شرط الخيار له وحده ، وكذلك اذا قلنا : ان البيع لا ينقل الملك وكان الخيار لهما أو للبائع وحده فتصرف فيه البائع نفذ تصرفه وصح : لأنه ملكه وله إبطال خيار غيره ، وقال ابن أبي موسى : في تصرف المشتري في المبيع قبل التفرق ببيع أو هبة روايتان : احدهما : لا يصح ، لان في صحته إسقاط حق البائع من الخيار .

والثانية : هو موقوف ، فإن تفرقا قبل الفسخ صح ، وان اختار البائع الفسخ بطل بيع المشتري ، قال أحد في رواية أبي طالب : إذا اشترى ثوبا بشرط فباعه برح قبل انقضاء الشرط يردّه الى صاحبه ان طلبه ، فإن لم يقدر على رده فللبائع قيمة الثوب لأنه استهلك ثوبه : أو يصلح له ، فقوله : يردّه ان طلبه يدل على أن وجوب رده مشروط بطلبه :

وقد روى البخارى عن ابن عمر أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر ، فكان على بكر صعب ، وكان يتقدم النبي صلى الله عليه وسلم فيقول له أبوه لا يتقدم النبي (ص) أحد فقال له النبي (ص) بعنيه فقال عمر هو لك يا رسول الله فقال النبي (ص) هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت ، وهذا يدل على أن التصرف قبل التفرق جائز : وذكر أصحابنا في صحة تصرف المشتري بالوقف وجها آخر ، لأنه تصرف يبطل الشفعة ، فأشبه العتق .

والصحيح : أنه لا يصح شيء من هذه التصرفات لأن المبيع يتعلق به حق البائع تعلقا يمنع جواز التصرف فنع صحته كالرهن ، ويفارق الوقف العتق ، لأن العتق مبنى على التغليب والسراية ، بخلاف الوقف ، وأما حديث ابن عمر فليس فيه تصريح بالبيع ، فإن قول عمر هو لك ، يحتمل أنه أراد هبة : وهو الظاهر ، فإنه لم يذكر ثمنًا ، والهبة لا يثبت فيها الخيار .

وقال الشافعى : تصرف البائع في المبيع بالبيع والهبة ونحوهما صحيح ، لأنه إما أن يكون على ملكه فيملك بالعقد عليه ، وإما أن يكون للمشتري ، والبائع يملك فسخه ، فجعل البيع والهبة فسخا : وأما تصرف المشتري فلا يصح إذا قلنا الملك لغيره : فإذا قلنا الملك له ففي صحة تصرفه وجهان :

ولنا على إبطال تصرف البائع أنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية شرعية

ولانيابه عرife، فلم يصح كما بعد الخيار، وقولهم: يملك الفسخ قلنا: الا أن ابتدا التصرف لم يصادف ملهه فلم يصح كتصرف الأب فيما وهب لولده قبل استرجاعه وتصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل أخذه.

(فصل) وان تصرف المشتري بإذن البائع أو البائع بوكالة المشتري صح التصرف وانقطع خيارهما، لأن ذلك يدل على تراضيهما بإمضاء البيع، فيقطع به خيارهما كما لو تخارا، ويصح تصرفهما، لأن قطع الخيار حصل بالإذن في البيع، فيقع البيع بعد انقطاع الخيار: وان تصرف البائع بإذن المشتري احتمل أن يقع صحيحا لأن ذلك دليل على فسخ البيع أو استرجاع المبيع، فيقع تصرفه بعد استرجاعه، ويحتمل أن لا يصح، لأن البائع لا يحتاج إلى إذن المشتري في استرجاع المبيع، فيصير كتصرفه بغير إذن المشتري، وقد ذكرنا أنه لا يصح، كذا ههنا، وكل موضع قلنا. ان تصرف البائع لا ينفذ ولكن يفسخ به البيع، فإنه متى أعاد ذلك التصرف أو تصرف تصرفا سواه صح، لأنه بفسخ البيع عاد إليه الملك، فصح تصرفه فيه، كما لو فسخ البيع بصريح قوله ثم تصرف فيه، وكذلك ان تقدم تصرفه ما يفسخ به البيع صح تصرفه لما ذكرنا.

(فصل) وان تصرف أحدهما بالعقد نفذ عتق من حكنا بالملك له، وظاهر المذهب: أن الملك للمشتري، فينفذ عتقه، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما، لأنه عتق من مالك جائز التصرف، فنفذ كما بعد المدة، وقول النبي (ص) «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»، يدل بمفهومه على أنه ينفذ في الملك، وملك البائع للفسخ لا يمنع نفوذ العتق، كما لو باع عبداً بجمارية معينة، فإن مشتري العبد ينفذ عتقه، مع أن للبائع الفسخ: ولو وهب رجل ابنه عبداً فأعتقه نفذ عتقه مع ملك الأب لاسترجاعه، ولا ينفذ عتق البائع في ظاهر المذهب، وقال أبو حنيفة والشافعي ومالك: ينفذ عتقه، لأنه ملهه وان كان الملك انتقل فإنه يسترجعه بالعقد.

ولنا أنه إعتاق من غير مالك فلم ينفذ، كعتق الأب عبد ابنه الذي وهب إياه وقد دللنا على أن الملك انتقل إلى المشتري، وان قلنا بالرواية الأخرى وأن الملك لم ينتقل إلى المشتري نفذ عتق البائع دون المشتري، وإن أعتق البائع والمشتري جميعاً.

فإن تقدم عتق المشتري فالحكم على ما ذكرنا، وإن تقدم عتق البائع فينبغي أن لا ينفذ عتق واحد منهما، لأن البائع لم ينفذ عتقه لكونه أعتق غير مملوكه، ولكن حصل باعتاقه فسخ البيع واسترجاع العبد، فلم ينفذ عتق المشتري، ومتى أعاد البائع الاعتاق مرة ثانية هذ اعتاقه، لأنه عاد العبد إليه، فأشبه ما لو استرجعه بصريح قوله، ولو اشترى من يعتق عليه جرى مجرى إعتاقه بصريح قوله، وقد ذكرنا حكمه: وإن باع عبداً تجارية بشرط الخيار فأعتقهما نفذ عتق الأمة دون العبد، وإن أعتق أحدهما ثم أعتق الآخر نظرت، فإن أعتق الأمة أولاً نفذ عتقها وبطل خياره، ولم ينفذ عتق العبد، وإن أعتق العبد أولاً انفسخ البيع، ورجع إليه العبد، ولم ينفذ اعتاقه، ولا ينفذ عتق الأمة، لأنها خرجت بالفسخ عن ملكه وعادت إلى سيدها البائع لها.

(فصل)

إذا قال لعبده . إذا بعتك فأنت حر، ثم باعه، صار حراً، نص عليه أحمد؛ وبه قال الحسن وابن أبي ليلى ومالك والشافعي، وسواء شرطاً الخيار أو لم يشترطه، وقال أبو حنيفة والثوري: لا يعتق، لأنه إذا تم بيعه زال ملكه عنه فلم ينفذ اعتاقه له.

ولنا أن زمن انتقال الملك زمن الحرية، لأن البيع سبب لنقل الملك وشرط للحرية، فيجب تغليب الحرية، كما لو قال لعبده . إذا مت فأنت حر، ولأنه علق حريته على فعله للبيع، والصادر منه في البيع إنما هو الإيجاب. فتن قال للمشتري: بعتك فقد وجد شرط الحرية. فيعتق قبل قبول المشتري، وعمله القاضي بأن الخيار ثابت في كل بيع. فلا يتقطع تصرفه فيه. فعلى هذا لو تخياراً ثم باعه لم يعتق ولا يصح هذا التعليل على مذهبنا. فأننا ذكرنا أن البائع لو أعتق في مدة الخيار لم ينفذ اعتاقه.

(فصل) ولا يجوز للمشتري وطء الجارية في مدة الخيار إذا كان الخيار لها أو للبائع وحده. لأنه يتعلق بها حق البائع. فلم يبيع له وطؤها كالمرهونة. ولا نعلم في هذا اختلافاً. فإن وطئها فلا حد عليه. لأن الحد يراى بشبهة الملك فيحقيقته أولى. ولا مبر لها. لأنها مملوكته. وإن علقت منه فالولد حر يلحقه نسبه. لأنه

من أمته . ولا يلزمه قيمته ، وتصير أم ولد له ، وإن فسخ البائع البيع رجع بقيمتها لأنه تعذر الفسخ فيها ، ولا يرجع بقيمة ولدها ، لأنه حدث في ملك المشتري ، وإن قلنا : إن الملك لا ينتقل إلى المشتري ، فلا حد عليه أيضاً ، لأن له فيها شبهة لوجود سبب نقل الملك إليه ، واختلاف أهل العلم في ثبوت الملك له ، والحد يدرأ بالشبهات ، وعليه المهر وقيمة الولد يكون حكمها حكم نكاحها ، وإن علم التحريم وإن ملكه غير ثابت فولده رقيق ، وأما البائع فلا يحل له الوطء قبل فسخ البيع وقال بعض أصحاب الشافعي . له وطؤها ، لأن البيع ينفسخ بوطئه ، فإن كان الملك انتقل رجعت إليه ، وإن لم يكن انتقل انقطع حق المشتري منها ، فيكون واطئاً لمملوكته التي لا حق لغيره فيها .

ولنا أن الملك انتقل عنه فلم يحل له وطؤها ، لقول الله تعالى (٢٣ : ٦) إلا على أزواجهن أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولأن ابتداء الوطء يقع في غير ملكه فيكون حراماً ، ولو انفسخ البيع قبل وطئه لم تحل له حتى يستبرئها ولا يلزمه حد ، وهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ، وقال بعض أصحابنا : إن علم التحريم : وإن ملكه قد زال ، ولا ينفسخ بالوطء ، فعليه الحد ، وذكر أن أحمد نص عليه ، لأن وطئه لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك .

ولنا أن ملكه يحصل بابتداء وطئه ، فيحصل تمام الوطء في ملكه ، مع اختلاف العلماء في كون الملك له ، وحل الوطء له ، ولا يجب الحد مع واحدة من هذه الشبهات ، فكيف إذا اجتمعت ؟ مع أنه يحتمل أن يحصل الفسخ بالملاسة قبل الوطء ، فيكون الملك قد رجع إليه قبل وطئه ، ولهذا قال أحمد في المشتري إنها قد وجبت عليه حين وضع يده عليها ، فيما إذا مشطها أو خضبها أو حفها ، فبوضع يده عليها للجماع ، وليس فرجها بفرجه أولى ، فعلى هذا يكون ولده منها حراً ، ونسبه لاحق به ، ولا يلزمه قيمته ، ولا مهر عليه ، وتصير الامة أم ولده وقال أصحابنا : إن علم التحريم فولده رقيق ولا يلحقه نسبه ، فإن لم يعلم لحقه النسب ، وولده حر ، وعليه قيمته يوم الولادة ، وعليه المهر ، ولا تصير الامة أم ولده ، لأنه وطئها في غير ملكه .

(فصل) ولا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وكرهه مالك ، قال . لأنه في معنى بيع وسلف إذا أقبضه الثمن ، ثم تفاسخا البيع صار كأنه أقرضه إياه .

ولنا أن هذا حكم من أحكام البيع ، فجاز في مدة الخيار كالأجارة ، وما ذكره لا يصح ، لا تألم نجز له التصرف فيه .

(فصل) قول الحرقى « أو مات » الظاهر أنه أراد العبد ورد الضمير إليه ، وهو في معنى قوله : أو تلفت السلعة ، ويحتمل أنه رد الضمير إلى المشتري ، وأراد إذا مات المشتري بطل الخيار ، لأن موت العبد قد تناوله بقوله : أو تلفت السلعة والحكم في موت البائع والمشتري واحد ، والمذهب أن خيار الميث منهما يبطل بموته ويبقى خيار الآخر بحاله ، إلا أن يكون الميث قد طالب بالفسخ قبل موته فيه فيكون لورثته ، وهو قول الثوري وأبي حنيفة ، ويتخرج أن الخيار لا يبطل ، وينتقل إلى ورثته لأنه حق مالي ، فينتقل إلى الوراث كالأجل وخيار الرد بالعيب ولأنه حق فسخ للبيع فينتقل إلى الوراث ، كالرد بالعيب والفسخ بالتحايف . وهذا قول مالك والشافعي .

ولنا أنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه ، فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة

« مسألة » قال ﴿ وإذا تفرقا من غير فسخ لم يمكن لأحدهما رده الا

بعيب أو خيار ﴾

لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق ما لم يكن سبب يقتضى جوازه ، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم « وان تفرقا بعد أن تابعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » .

وقوله « البيعان بالخيار حتى يتفرقا » جعل التفرق غاية الخيار ، وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفا لما قبلها ، إلا أن يجد بالسلعة عيبا فيردها به أو يكون قد شرط الخيار لنفسه مدة معلومة ، فيملك الرد أيضا ، ولا خلاف بين أهل العلم في ثبوت الرد بهذين الأمرين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم » ، استشهد به البخاري ، وفي معنى العيب : أن يدلس المبيع

بما يختلف به الثمن ، أو يشترط في المبيع صفة يختلف بها الثمن ، فثبتين بخلافه ، فثبت له الخيار أيضاً ، ويقرب منه ما لو أخبره في المراجعة في الثمن أنه حال فيان مؤجلاً . ونحو هذا ، ونذكر هذا في مواضعه .

(فصل) ولو ألحقا في العقد خياراً بعد لزومه لم يلحقه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : يلحقه لأن لها فسخ العقد ، فكان لهما إلحاق الخيار به كحالة المجلس .

ولنا أنه عقد لازم فلم يصح جازاً ، بقولهما : كالنكاح . وفارق حال المجلس لأنه جاز .

(فصل) وكلام الخرق يحتمل أن يريد به بيع الأعيان الرئية ، فلا يكون فيه تعرض لبيع الغائب ، ويحتمل أنه أراد كل ما يسمى خياراً ، فيدخل فيه خيار الرؤية وغيره ، وفي بيع الغائب روايتان : أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه ، وبهذا قال الشعبي والنخعي والحسن والأوزاعي ومالك وإسحاق وهو أحد قول الشافعي ، وفي رواية أخرى : أنه يصح ، وهو مذهب أبي حنيفة ، والقول الثاني للشافعي : وهل يثبت للشترى خيار الرؤية ؟ على روايتين : أشهرهما ثبوته ، وهو قول أبي حنيفة ، واحتج من أجازه بعموم قول الله تعالى (وأحل الله البيع) وروى عن عثمان وطلحة : أنهما تبايعا داريهما بالكوفة ، والأخرى بالمدينة . فقيل لعثمان : إنك قد غبت ، فقال : ما بأبالي ، لأنني بعت ما لم أره ، وقيل لطلحة فقال : لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره ، فتحاكما إلى جبير لجعل الخيار لطلحة ، وهذا اتفاق منهم على صحة البيع ، ولأنه عقد معاوضة فلم تفقر صحته إلى رؤية المعقود عليه كالنكاح .

ولنا ما روى « عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر » رواه مسلم ، ولأنه باع ما لم يره ولم يوصف له ، فلم يصح كييع النوى في الثمر ، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم والآية مخصوصة بالأصل الذي ذكرناه ، وأما حديث عثمان وطلحة فيحتمل أنهما تبايعا بالصفة على أنه قول صحابي وفي كونه حجة خلاف ، ولا يعارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم . والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ، ولا يفسد بفساد العوض ، ولا يترك ذكره ،

ولا يدخله شيء من الخيارات ، وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات وإضرار
 : ن على أن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح فلا يضر الجهل
 بها بخلاف البيع . فإن قيل ، فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من
 اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه ، والخيار لا يثبت إلا في عقد صحيح . قلنا ،
 هذا يرويه عمر بن إبراهيم الكردي وهو متروك الحديث : ويحتمل أنه بالخيارين
 العقد عليه وتركه .

إذا ثبت هذا . فإنه يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع ؛ كداخل الثوب وشعر
 الجارية ونحوهما ، فلو باع ثوباً مطوياً أو عينا حاضرة ، لا يشاهد منها ما يختلف
 الثمن لأجله : كان كبيع الغائب ، وإن حكنا بالصحة : فالمشترى الخيار عند رؤية
 المبيع في الفسخ والإمضاء ، ويكون على الفور : فإن اختار الفسخ فله ذلك ، وإن
 لم يفسخ لزم العقد لأن الخيار خيار الرؤية ، فوجب أن يكون عندها ، وقيل بتقيد
 بالمجلس الذي وجدت الرؤية فيه لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط ،
 فتقيد بالمجلس كخيار المجلس ، وإن اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ ، لأن العقد
 غير لازم في حقه فلك الفسخ كحالة الرؤية ، وإن اختار إمضاء العقد لم يلزم
 لأن الخيار يتعلق بالرؤية ، ولأنه يؤدي إلى إلزام العقد على المجهول فيفضي
 إلى الضرر . وكذلك لو تبايعا بشرط أن لا يثبت الخيار للمشتري لم يصح
 الشرط لذلك ، وهل يفسد البيع بهذا الشرط ؟ على وجهين بناء على الشروط
 الفاسدة في البيع .

فصل

وحتبر لصحة العقد الرؤية من البائع والمشتري جميعا ، وإن قلنا بصحة البيع
 مع عدم الرؤية فباع ما لم يره فله الخيار عند الرؤية ، وإن لم يره المشتري أيضا ،
 فلكل واحد منهما الخيار ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : ليس له
 الخيار . لحديث عثمان وطلحة ، ولأننا لو جعلنا له الخيار . ثبت لنوهم الزيادة
 والزيادة في المبيع لا تثبت الخيار ، وكذلك لو باع شيئا على أنه معيب فبان غير
 معيب لم يثبت له الخيار .

ولنا أنه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبه المشتري فأما الأبر فإنه قول جبر وطلحه ، وقد خالفهما عثمان وقوله أولى لأن البيع يعتبر فيه الرضى منهما فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضى منهما .

(فصل) وإذا وصف المبيع للمشتري ، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب ، وهو قول أكثر أهل العلم . وعن أحمد : لا يصح حتى يراه لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه ولنا أنه بيع بالصفة فصح كالسلم ولا نسلم أنه لا تحصل به معرفة المبيع فإنها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً وهذا يكفي بدليل أنه يكفي في السلم . وأنه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية وأما ما لا يصح السلم فيه فلا يصح بيعه بالصفة لأنه لا يمكن ضبطه بها إذ ثبت هذا فإنه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ ، وهذا قال محمد بن سيرين وأيوب ومالك والعبري وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه له الخيار بكل حال لأنه يسمى ببيع خيار الرؤية ولأن الرؤية من تمام العقد فأشبهه غير الموصوف ، ولا أصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين .

ولنا أنه سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالسلم فيه ، ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعقد فيه الخيار في جميع الأحوال كالسلم ، وقولهم : أنه يسمى ببيع خيار الرؤية لا نعرف صحته فإن ثبت فيحتمل أن يسميه من يرى ثبوت الخيار ولا يحتاج به على غيره ، فأما أن وجده بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالسلم ، وإن اختلفا فقال البائع لم تختلف الصفة وقال المشتري : قد اختلفت فالقول قول المشتري لأن الأصل برائة ذمته من الثمن فلا يلزمه ما لم يقر به أو يثبت بيته أو ما يقوم مقامها .

(فصل) والبيع بالصفة نوعان :

أحدهما : بيع عين معينة ، مثل أن يقول : بعتك عبدي التركي ويذكر سائر صفاته فهذا ينسخ العقد عليه برده على البائع وتلفه قبل قبضه لكون المعقود عليه معيناً فيزول العقد بزوال محله ويجوز التفريق قبل قبض ثمنه وقبضه كبيع الحاضر ،

الثاني : بيع موصوف غير معين مثل أن يقول : بعثك عبداً تركياً ثم يستقصي صفات السلم فهذا في معنى السلم ، فبقي سلم اليه عبداً على غير ما وصف فردّه أو على ما وصف فأبده لم يفسد العقد لأن العقد لم يقع على غير هذا فلم يفسخ العقد برده كالمو سلم اليه في السلم غير ما وصف له فردّه ، ولا يجوز التفرق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع أو قبض ثمنه ، وهذا قول الشافعي : لأنه يبيع في الذمة فلم يجوز التفرق فيه قبل قبض أحد العوضين كالسلم ، وقال القاضي : يجوز التفرق فيه قبل القبض لأنه يبيع حال لحاز التفرق فيه قبل القبض كبيع العين .

(فصل)

إذا رآيا المبيع ثم عقدا البيع بعد ذلك بزمن لا تتغير العين فيه جاز في قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن أحمد رواية أخرى ، لا يجوز حتى يراها حال العقد ، وحكى ذلك عن الحكم وحده ، لأن ما كان شرطاً في صحة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح .

ولنا أنه معلوم عندهما أشبه ما لو شاهداه حالة العقد والشرط إنما هو العلم وإنما الرؤية طريق للعلم ولهذا اكتفى بالصفة المحصلة للعلم ، والشهادة في النكاح تراد لحل العقد والاستيثاق عليه فلماذا اشترطت حال العقد ويقرر ما ذكرناه ما لو رآيا داراً ووقفاً في بيت منها أو أرضاً ووقفاً في طريقها وتباعها صبح بلا خلاف مع عدم المشاهدة للكل في الحال ، ولو كانت الرؤية المشروطة للبيع مشروطة حال العقد لا شرط رؤية جميعه ومتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزوم البيع وإن كان ناقصاً ثبت له الخيار لأن ذلك كحدوث العيب ، وإن اختلفا في التغير ، فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه يلزمه الثمن فلا يلزمه ما لم يعترف به ، فأما إن عقد البيع بعد رؤية المبيع بمدة يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع لأنه مما لا يصح بيعه ، وإن لم يتغير فيها لم يصح بيعه لأنه مجهول وكذلك إن كان الظاهر تغيره ، فأما إن كان يحتمل التغير وعدمه وليس الظاهر تغيره صبح بيعه لأن الأصل السلامة ولم يعارضه ظاهر فصح بيعه كما لو كانت الغيبة سيرة وهذا ظاهر مذهب الشافعي .

(فصل) ويثبت الخيار في البيع للعين في مواضع ، أحدها : تلقى الركبان إذا تلقاهم فاشترى منهم وباعهم وغبنهم ، الثاني : بيع النجش ، ويذكران في

مواضعها ، الثالث : المسترسل اذا غبن غبنا يخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والإمضاء ، وبهذا قال مالك وقال ابن أبي موسى ، وقد قيل قد لزمه البيع وليس له فسخه وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل وكالغبن السير .

ولنا أنه غبن حصل لجهله بالبيع فأثبت الخيار كالغبن في تلقي الركبان ، فأما غير المسترسل فإنه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالغيب وكذا لو استعجل لجهل ما لو ثبت لعله لم يكن له خيار لأنه انبنى على تقصيره وتفريطه ، والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المباينة ، قال أحمد والمسترسل الذي لا يحسن أن يماكس ، وفي لفظ الذي لا يماكس فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير عاكسة ولا معرفة بغيره ، فأما العالم بذلك والذي لو توقف لعرف اذا استعجل في الحال فغبن فلا خيار لها ، ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد : وحده أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى في الإرشاد بالثلث . وهو قول مالك لأن الثلث كثير بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم « والثلث كثير » وقيل بالسدس ، وقيل ما لا يتغابن الناس به في العادة لأن ما لا يرد الشرع بتحديد يرجع فيه إلى العرف (فصل) واذا وقع البيع على غير معين كقفير من صبرة ورطل زيت من دن فقتضى قول الحنرفي اذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لأحدهما رده إلا بعيب أو خيار لأن البيع ههنا يلزم بالتفرق سواء تقابضا أو لم يتقابضا ، وقال القاضي البيع لا يلزم إلا بالقبض كالمكيل والموزون وهذا تصريح بأنه لا يلزم قبل قبضه ، وذكر في موضع آخر من اشترى قفيزين من صبرتين فتلفت أحدهما قبل القبض بطل العقد في التالف دون الباقي رواية واحدة ، ولأخيار للبائع : وهذا يدل على لزوم في حق البائع قبل القبض فإنه لو كان جائزاً كان له الخيار سواء تلفت أحدهما أو لم تلفت ووجه الجواز . أنه مبيع لا يملك بيعه ولا التصرف فيه فكان البيع فيه جائزاً كما قبل التفرق ، ولأنه لو تلف لكان من ضمان البائع ، ووجه الأول : قول النبي صلى الله عليه وسلم « وان تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » وما ذكرناه للقول الآخر ينتقض ببيع ما تقدمت رؤيته وبيع الموصوف والسلم فإن ذلك لازم مع ما ذكرناه وكذلك سائر المبيع على إحدى الروايتين .

« مسألة ، قال (والخيار يجوز أكثر من ثلاث) »

يعنى ثلاث ليال بأيامها وإنما ذكر الليالى لأن التاريخ يغلب فيه التانيث قال الله تعالى (وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتمناها بعشر فتم ميقات ربه أربعين ليلة) وقال تعالى (يترصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) وفى حديث حبان ، ولك الخيار ثلاثاً ، ويجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة المعلومة ، قلت مدته أو كثرته ، وبذلك قال أبو يوسف ومحمد وابن المنذر ، وحكى ذلك عن الحسن ابن صالح والعنبرى وابن أبى ليلى وإسحاق وأبى ثور وأجازه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة مثل قرية لا يصل إليها فى أقل من أربعة أيام لان الخيار لحاجته فيقدر بها ، وقال أبو حنيفة والشافعى لا يجوز أكثر من ثلاث لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحيان جعل له الخيار ثلاثة أيام ان رضى أخذ وان سخط ترك ، ولان الخيار ينافى مقتضى البيع لانه يمنع الملك وال لزوم وإطلاق التصرف ، وإنما جاز لموضع الحاجة لجاز القليل منه وآخر حد القلة ثلاث قال الله تعالى (فتمتعوا فى دياركم ثلاثة أيام — بعد قوله — فياخذكم عذاب قريب) .

ولنا أنه حق يعتمد الشرط فرجع فى تقديره الى مشترطه كالاجل أو نقول مدة ملحقة بالعقد فكانت الى تقدير المتعاقدين كالاجل ولا يثبت عندنا ما روى عن عمر رضى الله عنه ، وقد روى عن أنس خلافه ، وتقدير مالك بالحاجة لا يصح فإن الحاجة لا يمكن ربط الحكم بها لختلافها واختلافها ، وإنما يربط بمظنتها وهو الاقدام ، فانه يصلح أن يكون ضابطاً وربط الحكم به فيها دون الثلاث وفى السلم والاجل ؛ وقول الآخرين انه ينافى مقتضى البيع لا يصح : فإن مقتضى البيع نقل الملك والخيار لا ينافيه وان سلمنا ذلك لكن متى خولف الاصل لمعنى فى محل وجب تعدية الحكم لتعدى ذلك المعنى .

(فصل ويجوز شرط الخيار لكل واحد من المتعاقدين ويجوز لأحدهما دون الآخر ويجوز أن يشترطاً أحدهما مدة وللآخر دونها لان ذلك حقهما وإنما جوز رفقا بهما فكيفما تراضيا به جاز ؛ ولو اشترى شيئين وشرط الخيار فى أحدهما بيعته

دون الآخر صح ، لأن أكثر ما فيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار ومبيع لا خيار فيه وذلك جائز بالقياس على شراء ما فيه شفعة ومالا شفعة فيه فإنه يصح ويحصل كل واحد منهما مبيعاً بقسطه من الثمن فإن فسخ البيع بما فيه الخيار رجع بقسطه من الثمن كما لو وجد أحدهما مبيعاً فرد وان شرط الخيار في أحدهما لا بعينه أو شرط الخيار لأحد المتعاقدين لا بعينه لم يصح ، لأنه مجهول فأشبه ما لو اشترى واحداً من عشرين لا بعينه ، ولأنه يفنى إلى التنازع وربما طلب كل واحد من المتعاقدين ضد ما يطلبه الآخر ويدعى أنه المستحق للخيار أو يطلب من له الخيار رد أحد المبيعين ويقول الآخر : ليس هذا الذي شرطت لك الخيار فيه ، ويحتمل أن لا يصح شرط الخيار في أحد المبيعين بعينه كما لا يصح بيعه بقسطه من الثمن وهذا الفصل كله مذهب الشافعي .

(فصل) وإن شرط الخيار لأجنبي صح وكان اشتراطاً لنفسه وتوكيلاً لغيره وهذا قول أبي حنيفة ومالك وللشافعي فيه قولان .

أحدهما : لا يصح : وكذلك قال القاضي : إذا أطلق الخيار لفلان أو قال لفلان دوني لم يصح ، لأن الخيار شرط لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره فلا يكون لمن لا حظ له فيه وإن جعل الأجنبي وكيلاً صح .

ولنا أن الخيار يعتمد شرطهما وبفرض اليهما وقد أمكن تصحيح شرطهما وتنفيذ تصرفهما على الوجه الذي ذكرناه فلا يجوز إلغاؤه مع إمكان تصحيحه لقول النبي (ص) « المسلمون على شروطهم » ^(١) فعلى هذا يكون لكل واحد من المشتري وتوكيله الذي شرط الخيار له الفسخ ، ولو كان المبيع عبداً فشرط الخيار له صح سواء شرطه له البائع أو المشتري لأنه بمنزلة الأجنبي ، وإن كان العاقد وكيلاً فشرط الخيار لنفسه صح ، فإن النظر في تحصيل الحظ مفوض إليه ، وإن شرطه للبائع صح لأنه هو المالك والحظ له : وإن شرطه لأجنبي لم يصح لأنه ليس له أن يوكل غيره ويحتمل الجواز بناء على الرواية التي تقول للوكيل التوكيل .

(١) رواه أبو داود والحاكم عن أبي هريرة بسند صحيح والثاني عن أنس وعائشة بلفظ « عند شروطهم » ما وافق الحق من ذلك ، وصححه أيضاً .

(فصل) ولو قال بعتك على أن استأمر فلانا وحدد ذلك بوقت معلوم فهو خيار صحيح وله الفسخ قبل أن يستأمره لأننا جعلنا ذلك كناية عن الخيار، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وإن لم يضبطه بمدة معلومة فهو خيار مجهول حكمه .

فصل

وإن شرط الخيار يوما أو ساعات معلومة اعتبر ابتداء مدة الخيار من حين العقد في أحد الوجهين .

والآخر من حين التفرق لأن الخيار ثابت في المجلس حكما فلا حاجة الى اثباته بالشرط، ولأن حالة المجلس كحالة العقد، لأن لهما فيه الزيادة والنقصان فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه، والاول أصح لأنها مدة ملحقة بالعقد فكان ابتداءها منه كالأجل، ولأن الاشتراط سبب ثبوت الخيار فيجب أن يتعقبه حكمه كالك في البيع، ولأننا لو جعلنا ابتداءه من حين التفرق أدى الى جهالته لأننا لا نعلم متى يتفرقان فلا نعلم متى ابتداءه ولا متى انتهائه ولا يمنع ثبوت الحكم بسببين كتحريم الوطء بالصيام والإحرام والظهار، وعلى هذا لو شرطا ابتداءه من حين التفرق لم يصح لذلك إلا على الرواية التي تقول بصحة الخيار المجهول .

وإن قلنا ابتداءه من حين التفرق فشرطا ثبوته من حين العقد صح لانه معلوم الابتداء والانهاء، ويحتمل أن لا يصح لأن الخيار في المجلس بغنى عن خيار آخر فيمنع ثبوته والاول أولى، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كما ذكرنا

(فصل) وإن شرطا الخيار الى الليل أو الغد، لم يدخل الليل والغد في مدة الخيار، وهذا مذهب الشافعي، ويخرج أن يدخل وهو مذهب أبي حنيفة لأن الى تستعمل بمعنى مع، كقوله تعالى (وأيديكم الى المرافق) — ولا تأكلوا أموالهم الى " أموالكم) والخيار ثابت يقين فلا نزله بالشك

ولنا أن موضوع الى لا تنهيه الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها، كقوله سبحانه (ثم آمنوا الصيام الى الليل)، وكالأجل، ولو قال أنت طالق من واحدة

(١) الى هذه متعلقة بوصف محذوف أفاده التضمنين، أى مضمومة الى أموالكم

إلى ثلاث أو له على من درهم إلى عشرة لم يدخل الدرهم العاشر والطفلة الثالثة ،
وليس هنا شك فإن الأصل حمل اللفظ على موضوعه ، فكان الواضع قال : متى
سمعت هذه اللفظة فافهموا منها انتهاء الغاية ، وفي المواضع التي استشهدوا بها حملت
على معنى مع بدليل أو لتعذر حملها على موضوعها ، كما تصرف سائر حروف
الصلات عن موضوعها لدليل ، والأصل حملها على موضوعها ، ولأن الأصل
لزوم العقد ، وإنما خولف فيما اقتضاه الشرط فيثبت ما يتيقن منه ، وما شككنا
فيه ، رددناه إلى الأصل

(فصل) وان شرط الخيار إلى طلوع الشمس أو إلى غروبها صح ، وقال بعض
أهل العلم : لا يصح توقيته بطلوعها لأنها قد تنعيم فلا يعلم وقت طلوعها
ولنا أنه تعليق للخيار بأمر ظاهر معلوم ، فصح كتعليقه بغروبها ، وطلوع
الشمس بروزها من الاتفاق كما أن غروبها سقوط القرص ، ولذلك لو علق طلاق
امراته أو علق عبده بطلوع الشمس وقع ببرزورها من الاتفاق ، وإن عرض غيم
يمنع المعرفة بطلوعها فالخيار ثابت حتى يتيقن طلوعها كما لو علقه بغروبها ففزع الغيم
المعرفة بوقته ، ولو جعل الخيار إلى طلوع الشمس من تحت السحاب أو إلى غيبتها
نحته كان خياراً مجهولاً لا يصح في الصحيح من المذهب

(فصل)

وإذا شرط الخيار أبداً أو متى شئنا ، أو قال أحدهما ولئ الخيار ولم يذكر
مدته أو شرطاه إلى مدة مجهولة كقدوم زيد أو هبوب ريح أو نزول مطر أو
مشاورة إنسان ، ونحو ذلك لم يصح في الصحيح من المذهب ، وهذا اختيار القاضي
وابن عقيل ومذهب الشافعي

وعن أحمد أنه يصح ، وهما على خيارهما أبداً أو بقطعاه أو تنتهي مدته إن كان
مشروطاً إلى مدة ، وهو قول ابن شبرمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون
على شروطهم » ، وقال مالك : يصح وتضرب لها مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة
لأن ذلك مقدر في العادة ، فإذا أطلقا حمل عليه . وقال أبو حنيفة إن أسقطا الشرط
قبل مضي الثلاث أو حذف الزائد عليها وبيننا مدته صح ، لأنها حذفوا المفسد قبل
اتصاله بالعقد فوجب أن يصح كما لو لم يشترطاه

ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل، وإن اشترط الخيار أبداً يقتضى المنع من التصرف على الأبد، وذلك يناقض مقتضى العقد فلم يصح، كما لو قال بعثك بشرط أن لا تصرف. وقول مالك إنه يرد إلى العادة لا يصح، فإنه لا إعادة في الخيار يرجع إليها، واشترطه مع الجهالة نادر.

وقول أبي حنيفة لا يصح فإن المفسد هو الشرط وهو مقترن بالعقد، ولأن العقد لا يتخلو من أن يكون صحيحاً أو فاسداً، فإن كان صحيحاً مع الشرط لم يفسد بوجود ما شرطه فيه، وإن كان فاسداً لم يتقلب صحيحاً، كما لو باع درهمين بدرهمين ثم حذف أحدهما. وعلى قولنا الشرط فاسد هل يفسد به البيع على روايتين.

أحدهما يفسد، وهو مذهب الشافعي، لأنه عقد قارنه شرط فاسد فأنفسه كنكاح الشغار والمحل، ولأن البائع إنما رضى ببذله بهذا الثمن مع الخيار في استرجاعه، والمشتري إنما رضى ببذل هذا الثمن فيه مع الخيار في فسخه، فلو صححناه لأزلنا ملك كل واحد منهما عنه بغير رضاه وألزمناه ما لم يرص به، ولأن الشرط يأخذ سقطاً من الثمن، فإذا حذفناه وجب رد ما سقط من الثمن من أجله، وذلك مجهول فيكون الثمن مجهولاً فيفسد العقد.

والثانية لا يفسد العقد به، وهو قول ابن أبي ليلى لحديث بريرة، ولأن العقد قد تم بأركانته والشرط زائد، فإذا فسد وزال سقط الفاسد وبقي العقد بركنيه، كما لو لم يشترط.

(فصل) وإن شرطه إلى الحصاد أو الجذاذ احتمل أن يكون كتعليقه على قدوم زيد. لأن ذلك يختلف ويتقدم ويتأخر فكان مجهولاً، واحتمل أن يصح لأن ذلك يتقارب في العادة ولا يكثر تفاوته، وإن شرطه إلى العطاء وأراد وقت العطاء وكان معلوماً صح، كما لو شرطه إلى يوم معلوم، وإن أراد نفس العطاء فهو مجهول لأنه يختلف.

(فصل) وإن شرط الخيار شهراً يوم ثبت ويوما لا يثبت: فقال ابن عقيل يصح في اليوم الأول لإمكانه ويبطل فيما بعده، لأنه إذا لزم في اليوم الثاني لم يعد إلى الجواز: ويحتمل بطلان الشرط كله لأنه شرط واحد تناول الخيار في أيام فإذا فسد في بعضه ففسد جميعه، كما لو شرط إلى الحصاد.

(فصل) ويجوز لمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه . وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وزفر . وقال أبو حنيفة : ليس له الفسخ إلا بحضور صاحبه : لأن العقد تعلق به حق كل واحد من المتعاقدين فلم يملك أحدهما فسخه بغير حضور صاحبه كالوديعة

ولنا أنه رفع عقد لا يفترق إلى رضا صاحبه فلم يفترق إلى حضوره كالطلاق وما قالوه ينتقض بالطلاق ، والوديعة لا حق للودع فيها ويصح فسخها مع غيبته ، (فصل) وإذا انتقضت مدة الخيار ولم يفسخ أحدهما بطل الخيار ولزم العقد وهذا قول أبي حنيفة والشافعي . وقال القاضي : لا يلزم بضي المدة : وهو قول مالك ، لأن مدة الخيار ضربت لحق له لالحق عليه ، فلم يلزم الحكم بنفس . وروى الزمان ، كضى الاجل في حق المولى

ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالاجل ، ولأن الحكم يبقائها يفضى إلى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطه فيها ، والشرط سبب الخيار فلا يجوز أن يثبت به ما لم يتناوله ، ولأنه حكم مؤقت فقات بفوات وقته كسائر المؤقتات ، ولأن البيع يقتضى اللزوم وإنما تخلف موجه بالشرط ، فبطل يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجه لزوال المعارض كما لو أمضوه ، وأما المولى فإن المدة إنما ضربت لاستحقاق المطالبة وهي تستحق بضي المدة ، والحكم في هذه المسألة ظاهر (فصل) فإن قال أحد المتعاقدين عند العقد لا خلافة ، فقال أحد أرى ذلك جائزاً وله الخيار أن كان خلبه ، وأن لم يكن خلبه فليس له خيار ، وذلك لأن رجلاً ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يتخذه في البروع ، فقال إذا بايعت فقل لا خلافة ، متفق عليه ، وسلم من بايعت فقل لا خلافة ، فكان إذا بايع يقول لا خلافة ، ويحتمل أن لا يكون له الخيار ، ويكون هذا الخبر خاصاً لحبان ، لأنه روى ، أنه عاش إلى زمن عثمان رضى الله عنه ، فكان يبايع الناس ثم يخاصمهم فيمر بهم بعض الصحابة فيقول لمن يخاصمه : ويحك إن النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار ثلاثاً ، وهذا يدل على اختصاصه بهذا : لأنه لو كان للناس عامة

لقال لمن يخاصمه : ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار لمن قال لا خلافة .
وقال بعض أصحاب الشافعي : إن كانا علمين أن ذلك عبارة عن خيار الثلاث
ثبت : وإن علم أحدهما دون الآخر فعلى وجهين ، لأنه روى أن حبان بن منقذ
ابن عمرو كان لا يزال يذبح ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له :
إذا أنت بايعت فقل لا خلافة ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فإن
رضيت أمسكت وإن مدخلت فأرددها على صاحبها . وما ثبت في حق واحد من
الصحابه يثبت في حق سائر الناس ، ما لم يرقم على تخصيصه دليل .

ولنا أن هذا اللفظ لا يقتضي الخيار مطلقاً . ولا يقتضي تقييده بثلاث .
والأصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه . والخبر على الوجه الذي احتجوا به إنما رواه
ابن ماجه مرسل . وهم لا يرون المرسل حجة ، ثم لم يقولوا بالحديث على وجهه إنما
قالوا به في حق من يعلم أن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثاً . ولا يعلم ذلك أحد . لأن
اللفظ لا يقتضيه فكيف يعلم أن مقتضاه ما ليس بمقتضاه . وعلى أنه إنما كان خاصاً
لحبان بدليل ما روينا ، ولأنه كان يثبت له الرد على من لم يعلم مقتضاه .

(فصل) إذا شرط الخيار حيلة على الاتماع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه
في مدة انتفاع المقرض بائناً ثم يرد المبيع بالخيار عند رد البائن . فلا خيار فيه
لأنه من الحيل ولا يحل لأخذ البائن الانتفاع به في مدة الخيار ، ولا التصرف فيه
قال الأثرم . سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يشتري من الرجل الشيء ويقول
لك الخيار إلى كذا وكذا مثل العقار ؟ قال : هو جائز إذا لم يكن حيلة : أراد أن
يقرضه فيأخذ منه العقار فيستغله ويجعل له فيه الخيار ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة
فإن لم يكن أراد هذا فلا بأس ، قيل لأبي عبد الله . فإن أراد إرفاقه أراد أن
يقرضه ما لا يخاف أن يذهب ، فاشتري منه شيئاً وجعل له الخيار ولم يرد الحيلة
فقال أبو عبد الله : هذا جائز إلا أنه إذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته ، وقول
أحمد بالجواز في هذه المسألة محمول على المبيع الذي لا ينتفع به إلا بآلافه ، أو على
أن المشتري لا ينتفع بالمبيع في مدة الخيار ؛ لئلا يفرض إلى أن القرض جر منفعة
(فصل) فإن قال بعثك على أن تنقضي ثمن إلى ثلاث أو مدة معلومة والا فلا
بيع بينهما فالبيع صحيح . نص عليه ، وبه قال أبو حنيفة والثوري وإسحاق

ومحمد بن الحسن . وبه قال أبو ثور ، إذا كان الشرط إلى ثلاث ، وحكى مثل قوله عن ابن عمر ، وقال مالك : يجوز في اليومين والثلاثة ونحوها . وإن كان عشرين ليلة فسخ البيع ، وقال الشافعي وزفر : البيع فاسد ، لأنه علق فسخ البيع على غرر فلم يصح ، كما لو علقه بقدوم زيد .

ولنا أن هذا يروى عن عمر رضي الله عنه . ولأنه علق رفع العقد بأمر يحدث في مدة الخيار فجاز ، كما لو شرط الخيار ، ولأنه نوع بيع فجاز أن يفسخ بتأخير القبض كالصرف ولأن هذا بمعنى شرط الخيار لأنه كما يحتاج إلى التروى في البيع - هل يوافقه أو لا - يحتاج إلى التروى في الثمن ، هل يصير منقوداً أو لا ؟ فهما سيان في المعنى متغايران في الصلوة : إلا أنه في الخيار يحتاج إلى الفسخ : وهما يفسخ إذا لم ينقد ، لأنه جعله كذلك (فحصل) والعقد على أربعة أضرب

أحدها عقد لازم يقصد منه العوض ، وهو البيع وما في معناه : وهو نوعان أحدهما ثبت فيه الخياران : خيار المجلس وخيار الشرط ، وهو البيع فيما لا يشترط فيه القبض في المجلس ، والصلح بمعنى البيع : والهبة بعوض على إحدى الروايتين ، والإجارة في الذمة : نحو أن يقول استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب ونحوه ، فهذا ثبت فيه الخيار ، لأن الخيار ورد في البيع وهذا في معناه ، فأما الإجارة المعينة ، فإن كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط ، لأن دخوله يفرض إلى فوت بعض المنافع المعقود عليها أو إلى استيفائها في مسدة الخيار ، وكلاهما لا يجوز . وهذا مذهب الشافعي . وذكره القاضي مرة مثل هذا ، ومرة قال : ثبت فيها الخياران قياساً على البيع ، وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق بينهما ، وأما الشفعة فلا خيار فيها ، لأن المشتري يؤخذ منه المبيع قهراً والشفيع مستقل باتزاع المبيع من غير رضا صاحبه ، فأشبهه فسخ البيع بالرد بالعيب ونحوه ، ويحتمل أن يثبت للشفيع خيار المجلس لأنه قبل المبيع بثمنه فأشبهه المشتري

النوع الثاني : ما يشترط فيه القبض في المجلس كالصرف والسلم وبيع مال الربا بجنسه ، فلا يدخله خيار الشرط رواية واحدة ، لأن موضوعها على أن لا يبقى بينهما علة بعد التفرق ، بدليل اشتراط القبض ، وثبوت الخيار بيقين بينهما علة ،

ويثبت فيها خيار المجلس في الصحيح من المذهب لعموم الخبر ، ولأن موضوعه للنظر في الحظ في المعاوضة وهو موجود فيها . وعنه لا يثبت فيها الخيار إلحاقاً بخيار الشرط .

الضرب الثاني : لازم لا يقصد به العوض ، كالنكاح والخلع . فلا يثبت فيها خيار . لان الخيار إنما يثبت لمعرفة الحظ في كون العوض جائزاً لما يذهب من ماله والعوض هنا ليس هو المقصود وكذلك الوقف والهبة . ولان في ثبوت الخيار في النكاح ضرراً ذكرناه قبل هذا .

الضرب الثالث : لازم من أحد طرفيه دون الآخر ، كالرهن لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن فلا يثبت فيه خيار ، لان المرتهن يستغنى بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر ، والراهن يستغنى بثبوت الخيار له الى أن يقبض . وكذلك الضامن والكفيل لا خيار لهما لأنهما دخلا متطوعين راضيين بالغبن وكذلك المكاتب .

الضرب الرابع : عقد جائز من الطرفين ، كالشركة والمضاربة والجمالة والوكالة والوديعة والوصية ، فهذه لا يثبت فيها خيار ، استثناءً بجوازها وانما يمكن من فسخها بأصل وضعها .

الضرب الخامس : وهو متردد بين الجواز وال لزوم ، كالمساقاة والمزارعة . والظاهر أنها جائزان فلا يدخلها خيار ، وقد قيل هما لازمان ، ففي ثبوت الخيار فيهما وجهان ، والسبق والرمي ، والظاهر أنها حمالة فلا يثبت فيهما خيار ؛ وقيل : هما إجارة وقد مضى ذكرها .

الضرب السادس : لازم يستقل به أحد المتعاقدين ، كالحوالة والاخذ بالشفعة فلا خيار فيهما ، لان من لا يعتبر رضاه لا خيار له ، وإذا لم يثبت في أحد طرفيه لم يثبت في الآخر كسائر العقود ، ويحتمل أن يثبت الخيار للحيل والشفع لا لأنها معاوضة يقصد فيها العوض فأشبهت سائر البيع

(تم طبع الجزء الثالث من المغنى وطلبه الجزء الرابع)

(فهرس الجزء الثالث من كتاب المغنى)

- ٣ باب زكاة الذهب والفضة — زكاة ما دون المائتين
 ٦ زكاة ما دون العشرين مثقالا — من ملك ذهباً أو فضة مغشوشه
 ٨ إخراج الزكاة من جنس المال ٩ إخراج أحد التقدين عن الآخر
 ١٠ الزكاة في حل المرأة ١٢ زكاة الحلى المكسور
 ١٠ زكاة الحلى للبس . النصاب في الحلى
 ١٤ الزكاة في حلية سيف الرجل ١٥ الزكاة في آنية الذهب والفضة
 ١٦ د في كل ما كان اتخاذه محرماً ١٧ الزكاة في الركاك
 ٢١ القدر الواجب في الركاك ومصرفه
 ٢٢ الزكاة في المعادن كالذهب والزميق والرماس
 ٢٣ صفة المعدن الذى يتعلق به وجوب الزكاة
 ٢٤ القدر الواجب وصفته ، نصاب المعادن
 ٢٥ وقت وجوب الزكاة في المعادن ٢٦ الزكاة في المستخرج من البحر
 ٢٧ تملك المعادن الجامدة ٢٨ زكاة من أجر داره
 (باب زكاة التجارة)
 ٢٨ العروض إذا كانت لتجارة قومها ، إذا حال عليها الحول وزكاهما
 ٢٩ شروط العروض للتجارة
 ٣٠ زكاة التجارة التى قيمتها دون مائتى درهم
 ٣١ من ملك نصيباً في أوقات متفرقة — تقويم السلع إذا حال الحول
 ٣٢ من اشترى عرضاً للتجارة بنصاب الأثمان
 ٣٢ من اشترى للتجارة نصيباً من السائمة ٣٣ من اشترى نخلاً أو أرضاً للتجارة
 من اشترى للتجارة ثم نوى للاقتناء ثم نوى للتجارة
 ٣٤ من كانت عنده ماشية للتجارة فنوى بها . . .
 ٣٥ من كان في ملكه نصاب للزكاة فأنجز فيه
 ٣٥ من اشترى للتجارة ما ليس بنصاب فأنجز

- ٣٦ من اشترى للتجارة شقصا فمضى — من دفع الى رجل مضاربة
 ٣٧ إذا أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في إخراج زكاته
 (باب زكاة الدين والصدقة)
 ٣٨ زكاة من كان معه مائتا درهم وعليه دين ٣٩ زكاة الأموال الظاهرة
 ٤٠ متى يمنع الدين الزكاة ؟ ٤١ دين الله كالكفارة والنذر
 ٤٢ إذا جنى العبد المعد للتجارة جنابة تعلق أرشها بربته
 زكاة من له دين على مائة ٤٣ الفرق بين الحال والمؤجل
 ٤٤ د د د أجر داره وملك الأجرة — من اشترى شيئا وحال الحول
 قبل أن يقبض المشتري المبيع
 ٤٥ زكاة من غصب مالا — إذا كان المنصوب سائمة معلومة
 ٤٦ الزكاة إذا ضلّت واحدة من النصاب — الزكاة ان أسر المالك
 د ان ارتد المالك ٤٧ زكاة اللقطة
 ٤٨ د للمرأة اذا قبضت صداقها ٤٩ الزكاة ان كان الصداق ديناً
 ٥٠ زكاة الماشية اذا بيعت بالخيار
 (باب صدقة الفطر)
 ٥١ على من تجب زكاة الفطر ٥٢ مقدار الصاع
 ٥٥ مم تخرج الزكاة ؟ ٥٧ حكم من قدر على اخراج صنف وأخرج غيره
 ٥٨ حكم اخراج الدقيق ٥٩ حكم اخراج الخبز
 ٦٠ د من أعطى القيمة ٦١ متى تخرج الزكاة
 ٦٢ وقت الوجوب ٦٣ حكم تقديم اخراجها
 ٦٤ على من يخرج الإنسان ؟ ٦٥ الزكاة للعبيد — متى تجب فطرة العبد
 ٦٦ زكاة عبيد العبيد — زكاة زوجة العبد
 ٦٧ حكم من تبرع بمؤنة انسان في شهر رمضان
 حكم من كان عنده فضل عن قوت يومه وليته
 ٦٩ د د د أعسر بفطرة زوجته — حكم من وجب فطرته على غيره
 ٧٠ د د له دار يحتاج اليها لسكنائها

- ٧١ زكاة المكاتب - اذا ملك جماعة عبداً
 ٧٢ القافة اذا ألحقت ولداً برجلين أو أكثر ، حكم زكاته
 ٧٣ من يعطى صدقة الفطر - حكم من أخرج عن الجنين
 حكم من كان في يده ما يخرج به عن صدقة الفطر وعليه دين
 ٧٤ حكم من مات وقد وجبت عليه الفطرة ٧٥ فصول في صدقة التطوع

(كتاب الصيام)

- ٧٨ الصوم المشروع ٧٩ وقت الصيام وروية الهلال
 ٨١ اذا رأى الهلال بلد دون بلد ٨٢ النية في الصيام
 ٨٨ نية صيام التطوع من النهار ٩٠ من نوى وأغنى عليه قبل طلوع الفجر
 ٩١ صيام من سافر - ما يقصر فيه الصلاة
 ٩٤ ما يوجب القضاء بلا كفارة ٩٦ حكم السكحل
 ٩٧ حكم ما لا يمكن التحرز منه ٩٨ حكم ما لا يفطر
 ٩٩ الاغتسال للصائم ١٠٠ حكم المسبوك
 ١٠١ من قطر في أحليه دهنا - من قبل فأمنى أو أمدى
 ١٠٣ من استمنى يسه - من كرر النظر فأنزل
 ١٠٥ الواجب في القضاء ١٠٦ من أفطر ناسياً
 ١٠٧ حكم من استقاء ١٠٨ حكم من ارتد - حكم من نوى الإفطار فقد أفطر
 ١٠٨ صوم النافلة ونية الإفطار فيه ١٠٩ حكم من جامع في الفرج
 ١١٢ حكم المرأة ان أكرهت على الجماع
 ١١٣ الحكم ان تساحقت امرأتان - حكم الرجل ان أكره على الجماع
 ١١٤ حكم الكفارة بالفطر في غير رمضان - من جامع في أول النهار ثم مرض
 أو جن أو كانت امرأة غاضت - حكم من طلع عليه الفجر وهو بجامع
 ١١٥ ما هي الكفارة وترتيبها ١١٧ ماذا يجري في الكفارة
 ١١٩ متى تسقط الكفارة ١٢٠ من جامع فلم يكفر ثم جامع ثانية ، من جامع فكفر
 ثم جامع ثانية ، من أصبح مفطراً يعتقد أنه من شعبان

- ١٢١ من يباح لهم الفطر ثم زالت الأعذار
- ١٢٢ متى يلزم القضاء على المسافر والحائض والمريض ؟
- ١٢٣ من أكل يظن الفجر لم يطلع أو أفطر يظن أن الشمس قد غابت
- ١٢٤ حكم الاعتكاف لمن جامع أو لمن انقطع حبسها
- ١٢٦ د الحامل والمرضع
- ١٢٧ د من عجز عن الصوم لكبر أو لمرض لا يرجى برؤه
- ١٢٨ د الصيام للمرأة إذا حاضت أو نفست ١٢٩ من مات وعليه صوم
- ١٣١ د المفطر في القضاء - حكم التطوع بالصوم ممن عليه صوم فرض
- ١٣٢ القضاء في عشر ذي الحجة ١٣٣ صوم المريض إذا كان الصوم يزيد في مرضه
- ١٣٤ من أبيح له الفطر لشدة شبهه ١٣٥ إباحة الفطر للمسافر
- ١٣٦ قضاء رمضان متفرقا ١٣٧ من دخل في صيام تطوع فخرج منه
- ١٣٩ صيام الغلام إذا بلغ عشر سنين ١٤٠ إذا أسلم الكافر في رمضان
- ١٤١ من رأى هلال شهر رمضان وحده
- ١٤٢ حكم من رأى الهلال وكان عدلا ١٤٤ شهود هلال شوال
- ١٤٦ حكم الأسير إذا اشتبهت عليه الأشهر
- ١٤٨ صيام العبدن وأيام التشريق ١٤٩ أفراد يوم الجمعة بالصوم
- ١٥٠ أفراد يوم السبت بالصوم - أفراد يوم رجب بالصوم
- ١٥١ حكم من صام الدهر - رؤية الهلال نهارا
- ١٥٢ تأخير السحور وتعجيل الفطر ١٥٥ تفطير الصائم - ما يقال عند الإفطار
- ١٥٦ صيام ست من شوال ١٥٧ صيام عاشوراء ويوم عرفة
- ١٥٨ صيام أيام عشر ذي الحجة - لا صيام بعرفة ليتقوى على الدعاء
- ١٥٩ صيام المحرم - أفضل الصيام صوم الاثنين والخميس
- ١٦٠ صيام الأيام البيض وما هي - ماذا يجب على الصائم ١٦١ ليلة القدر
- (كتاب الاعتكاف)
- ١٦٥ الاعتكاف سنة ١٦٦ نية الاعتكاف ١٦٧ الاعتكاف من غير صوم
- ١٦٨ مكان الاعتكاف ١٧٠ مكان الاعتكاف للمرأة

- ١٧٣ الخروج من الاعتكاف ١٧٥ : المعتكف إذا عاد مريضاً أو شهد جنازة
- ١٧٦ الوطء في الاعتكاف ١٧٧ خروج المعتكف لما له بد منه عامداً أو ناسياً
- ما يجوز للمعتكف - فساد الاعتكاف بالوطء ١٧٩ : إذا فسد الاعتكاف
- ١٨٠ إذا وقعت فتنة خاف منها ترك اعتكافه
- ١٨٢ المعتكف إذا أبحر أو تكسب بصنعة - ما يستحب للمعتكف ومالا يستحب
- ١٨٤ زواج المعتكف في المسجد وشهود النكاح
- ١٨٥ أهل المعتكف في المسجد - بول المعتكف في المسجد في طست
- ١٨٦ المتوفى عنها زوجها وهي معتكفة ١٨٧ : المعتكفة إذا حاضت
- ١٨٨ الخروج المباح في الاعتكاف الواجب
- ١٨٩ من نذر أن يعتكفه شهراً بعينه ١٩٠ : من أحب اعتكافه العشر الآخرة
- من رمضان ١٩١ : من نذر اعتكاف شهر أو يوم
- ١٩٢ من نذر اعتكاف مطلقاً ١٩٣ : من نذر الاعتكاف في المسجد الحرام
- (كتاب الحج)
- ٢٩٥ من يلزمه الحج والعمرة ٢٠٠ : من ملك داراً لسكناه ليس عليه بيعها ليحج
- ٢٠١ ليس على أهل مكة عمرة
- ٢٠٢ عمرة المتمتع تجزئ ٣٠٢ : تكرار العمرة
- ٢٠٤ حكم من أقام عنه من يحج ويعتمر ٢٠٦ : حكم استنابة القادر من يحج عنه
- ٢٠٧ الاستئجار على الحج والاذان وتعليم القرآن
- ٢٠٩ إذا سلك النائب طريقاً يمكنه سلوك أقرب منه - إنابة الرجل والمرأة
- ٢١١ فصول في مخالفة النائب ٢١٣ : حكم المرأة أن كان لها محرم
- ٢١٦ نفقة المحرم على المرأة - إذا مات المحرم في الطريق دل للرجل منع امرأته
- من الحج ؟ ٢١٧ : من فرط في الحج حتى توفي
- ٢١٩ من خرج في الحج فمات في الطريق
- ٢٢٠ من خلف تركة لا تفي بالحج من بلده - الحج عن الوالدين
- من أوصى بحج تطوع ٢٢١ : من حج عن غيره ولم يحج عن نفسه
- ٢٢٢ من أحرم بتطوع أو نذر ، من لم يحج حجة الاسلام

- ٢٢٢ من أسقط فرض أحد النسكين عنه دون الآخر
 ٢٢٣ من حج وهو غير بالغ أو وهو عبد
 ٢٢٥ حكم الكافر والمجنون . حج العبد ٢٢٧ إذا حج بالصفير
 ٢٢٩ محظورات الاحرام ٢٣٠ ما يلزم من القدية . إذا أغشى على بالغ عند
 الإحرام . من طيف به محمولا

(باب ذكر المواقيت)

- ٢٣٢ ميقات أهل مكة . من كان منزله دون الميقات . من كان مسكنه قرية
 من لم يكن طريقه على ميقات
 ٢٣٧ المواقيت لأهلها ولبن مر عليها من غير أهلها
 ٢٣٨ من أحرم قبل ميقاته ٢٤٠ من أراد الاحرام لجاوز الميقات غير محرم
 ٢٤٢ من يريد دخول الحرم ٢٤٣ من دخل الحرم بغير إحرام
 من خشي إن رجع للميقات فاته الحج
 ٢٤٤ باب ذكر الاحرام . ماذا يستحب عند الاحرام
 ٢٤٦ التطيب عند الاحرام ٢٤٨ الصلاة عند الاحرام
 ٢٤٩ التمتع عند الاحرام ٢٥٤ ما يقول من أراد الاحرام بعمرة
 ٢٥٥ ما يشترطه المحرم ٢٥٦ من أراد أفراد الحج أو القران
 ٢٥٧ إيهام الاحرام ٢٥٩ المحرم بمحجتين أو عمرتين - التلبية في الاحرام
 ٢٦١ صيغة التلبية ٢٦٣ متى يستمر في التلبية
 ٢٥٥ اغتسال المرأة عند الإحرام - من أحرم وعليه قيض ٢٦٦ أشهر الحج
 ٢٦٧ باب ما يتوقى المحرم وما أبيع له
 ٢٦٩ تفلّى المحرم وحك رأسه وجسده ٢٧٠ غسل الرأس
 ٢٧١ لبس القمص والسراويل والبرنس - من لم يجد إزاراً
 ٢٧٢ من لبس الخفين لعدم التعلين ، ٢٧٤ لبس الثعل ، ليس للمحرم أن يعقد الرداء
 ٢٧٥ لبس الهميان والسيور
 ٢٧٦ الاحتجام وقطع الشعر - التقليد بالسيف عند الضرورة

- ٢٧٧ من طرح على كتفيه القباء والدواج - من ظلل على رأسه في الحل
 ٢٧٩ قتل الصيد وضمانه - من دل محرما على الصيد
 ٢٨٩ لا يأكل من الزعفران ما يجد ريحه ٢٩١ تعمد شم الطيب
 ٢٩٢ تغطية شيء من الرأس ٢٩٤ من حل على رأسه مكثلا . تغطية المحرم وجهه
 ٢٩٤ المرأة إحرامها في وجهها ٢٩٥ طواف المرأة منتقبة . اكتمال المرأة
 ٢٩٦ ما يجنبه المرأة ٢٩٧ لبس المرأة قفازين أو خلخالا
 ٢٩٨ رفع المرأة صوتها بالتلبية - يستحب للمرأة أن تختضب للإحرام
 ٢٩٩ إحرام الخنثى المشكل - طواف المرأة ليلا - تزوج المحرم وتزويجه
 ٣٠١ خطبة المحرم والمحرمة - وطه المحرم ٣٠٤ الوطه دون الفرج
 ٣٠٥ من قبل ولم ينزل ٣٠٦ من نظر فافى - من كرر النظر حتى أمضى
 ٣٠٧ العمد والنسيان في الوطه - انجمار المحرم وارتجاع الزوجة
 ٣٠٨ قتل الخدأة والغراب
 ٣٠٩ لا تأخير للإحرام في تحريم شيء من الحيوان الأهل
 ٣١٠ صيد المحرم حرام على الحلال والمحرم
 ٣١٥ قطع شجر الحرم ونباته ٣١٦ أخذ ورق الشجر وحشيش الحرم
 ٣١٧ من قلع شجرة من الحرم ففرسها في مكان آخر
 ٣١٨ صيد المدينة وشجرها وحشيشها ٣١٩ حرم المدينة
 من فعل بما حرم عليه شيئا ٣٢٠ صيد دج وشجره
 ٣٢١ من حصر بعد ونحر مامعه من الهدى ٣٢٢ إذا قدر المحصر على الهدى
 ٣٢٥ من أحصر في حج فاسد - من لم يكن معه هدى
 ٣٢٧ من منع من الوصول الى البيت بمرض ٣٢٨ المضى في الحج الفاسد
 ٣٢٩ قضاء الحج والعمرة ٣٣١ ماذا يعمل من دخل المسجد
 ٣٣٣ من أتى الحجر الأسود ٣٣٤ محاذاة الحجر
 ٣٣٥ الاضطباع بالرداء ٣٣٦ الرمل في الاشواط وتفسيره
 ٣٣٧ متى يرمل الحاج في طوافه
 ٣٣٩ رمل أهل مكة - حكم من نسي الرمل - طهارة الثوب في الطواف

- ٣٤٠ قراءة القرآن في الطواف ٣٤١ ما يستلم ويقبل من الأركان
- ٤٤٣ التكبير كلما أتى الحجر ٣٤٤ الحجر عند الطواف
- ٤٤٥ صلاة ركعتين خلف المقام ٣٤٦ الجمع بين الأسابيع
- ٤٤٧ الخروج إلى الصفا ٣٤٨ الانحدار من الصفا
- ٤٤٩ الافتتاح بالصفا والاختتام بالمروة — الرمل في السعى
- ٥٥١ تقصير الشعر بعد الفراغ من السعى — تحلل من معه هدى
- ٥٥٣ التقصير والحلق
- ٥٥٤ طواف النساء وسبعين — من سعى بين الصفا والمروة على غير طهارة
- ٥٥٥ من أقيمت صلاة وهو يطوف أو يسعى
- ٥٥٦ من أحدث في بعض طوافه ٣٥٧ من طاف وسمى محمولا
- ٥٥٨ من كان مفرداً أو قارناً أحيينا له الفسخ
- ٥٥٩ إذا فسد الحج إلى العمرة — من كان متمتعاً قطع التلبية إذا وصل البيت
- ٦٦٠ باب صفة الحج ٣٦٢ يوم التروية
- ٦٦٤ صلاة الظهر بمنى — ان صادف يوم التروية يوم الجمعة
- ٦٦٥ إذا طلعت الشمس دفع إلى عرفة
- ٦٦٦ تعجيل الصلاة حين تزول الشمس — الجمع لكل من بعرفه
- ٦٦٧ قصر الصلاة لأهل مكة — موقف عرفة عند الجبل
- ٦٦٨ الأفضل أن يقف راحياً على بعيره
- ٦٦٩ التهليل والتكبير إلى غروب الشمس ٣٧٠ ما يقول يوم عرفة
- ٦٧٢ من دفع قبل الغروب ثم عاد نهراً فوقف
- ٦٧٣ وقت الوقوف
- ٦٧٤ لا يشترط للوقوف طهارة — إذا دفع الإمام دفع معه إلى مزدلفة
- ٦٧٥ التكبير في الطريق — صلاة المغرب وعشاء الآخرة
- ٦٧٦ الصلاة لمن فاتته مع الإمام
- ٦٧٧ من صلى المغرب قبل أن يأتي مزدلفة
- من صلى الفجر يقف عند المشعر الحرام

- ٢٧٨ أسماء المزدلفة - المبيت بمزدلفة واجب
- ٢٧٩ الدفع قبل طلوع الشمس ٣٨٠ إذا بلغ محسراً أسرع
- ٢٨١ أخذ حصي الجمار
- ٢٨٢ ما يجزى الرامي - من رمى بحجر أخذ من الرمي - غسل ما يرمى
- ٢٨٣ جرة العقبة ٢٨٤ وقت رمي الجرة
- ٢٨٥ كيف يجزى الرمي ٢٨٦ قطع التلبية عند ابتداء الرامي
- ٢٨٧ النحر أن كان معه هدى - نحر الأبل وصفته
- ٢٨٩ تفريق الهدى بعد نحره ٣٩٠ الحلق والتقصير
- ٢٩٢ الأصلع الذي لا شعر له ٣٩٣ حل كل الأشياء إلا النساء
- ٢٩٤ المرأة تقصر من شعرها قدر الأثلة
- ٢٩٥ ثم يزور البيت فيطوف سبعا ٢٩٦ الحل من كل شيء
- ٢٩٧ أن كان متمتعاً يطوف ٢٩٨ الاطوفة المشروعة في الحج
- ٢٩٩ التكبير والصلاة في البيت - الشرب من زمزم
- خطابة الامام بنى يوم النحر
- ٣٠٠ يوم الحج الأكبر يوم النحر - في يوم النحر أربعة أشياء
- ٣٠١ من قدم الاقضية على الرمي ٣٠٢ الرجوع الى منى
- ٣٠٣ من ترك المبيت بنى ٣٠٤ إذا كان من الغدر رمى الجرة الاولى
- ٣٠٥ متى يرمى وترتيب الرمي ٣٠٦ من نقص في الرمي عن سبع
- ٣٠٧ يفعل في اليوم الثاني كالامس ٣٠٨ من أخر الرمي
- ٣٠٩ يستحب ألا يدع الصلاة في مسجد منى مع الامام - التكبير في دبر كل صلاة
- ٣١٠ من أتى مكة لا يخرج حتى يودع البيت
- ٣١٢ من ودع واشتغل في تجارة عاد - من خرج قبل الوداع
- ٣١٣ المرأة اذا حاضت قبل أن تودع ٣١٦ من ترك طواف الزيارة
- ٣١٧ من كان طاف للوداع - ليس في عمل القارن زيادة على عمل الفرد
- ٣١٨ أن قتل القارن صيداً ٣١٩ أن أفسد القارن نسكه
- ٣٢٠ من عليه دم - من اعتمر في أشهر الحج

- ٤٢٣ حاضرى المسجد الحرام ٤٢٥ إن ترك الألفاق الاحرام من الميقات
- ٤٢٦ من لم يجد الهدى ٤٢٨ من لم يصم قبل يوم النحر
- ٤٣٠ وقت وجوب الصوم - من دخل فى الصيام ثم قدر على الهدى
- ٤٤١ المرأة إن دخلت متمتعة ثم حاضت
- ٤٤٤ إدخال العمرة على الحج - من وطئ قبل جرة العقبة
- ٤٤٥ من وطئ قبل التحلل من العمرة ٤٣٦ من وطئ بعد رمى جرة العقبة
- ٤٥٨ المباح لأهل السقاية والرعاة فى الرمى
- ٤٤٩ مباح للرعاة أن يؤخروا الرمى - أهل الأعذار كالمرضى
- ٤٤٠ من ترك الرمى من غير عذر
- (باب الفدية وجزاء الصيد)
- ٤٤١ من حلق أربع شعرات فصاعدا ٣٤٣ الفدية وما هى
- ٤٤٤ جزاء الصيد ٤٤٥ فى كل شعرة من الثلاث مد من الطعام
- ٤٤٦ قص الاظفار ٤٤٧ ان تطيب المحرم أو لبس الخيط أو الخف
- ٤٤٨ غسل الطيب وخلع اللباس - اللبس والتطيب سهوا
- ٤٥٠ من وقف بعرفة نهارا أو رفع قبل الامام
- ٤٥١ من دفع من مزدلفة قبل نصف الليل - من قتل وهو محرم من صيد البر
- ٤٥٩ د ألتلف جزأ من الصيد ٤٦١ ان كان الصيد طائرا
- ٤٦٣ إن كان الصيد نعاما ٤٦٤ التخيير فى الفدية بالنظير أو التقويم بدراهم
- ٤٦٧ كلما قتل صيدا حكم عليه ٤٦٨ اذا اشترك جماعة فى قتل صيد
- ٤٧٠ اذا أحرم الرجل وفى ملكه صيد
- ٤٧١ ان ورث المحرم صيدا - من لم يقف بعرفة حتى طلع الفجر
- ٤٧٤ ان اختار من فاته الحج البقاء على احرامه - ان فات القارن الحج
- ٤٧٤ اذا أخطأ الناس العدد ٤٧٥ ان كان عبدا لم يكن له أن يذبح
- ٤٧٦ اذا أحرمت المرأة لواجب
- ٤٧٨ ليس للوالد منع ولده من الحج الواجب - من ساق هديا واجبا فعطب
- ٤٧٩ ان ضل المعين فذبح غيره

- ٤٨٠ من غضب شاة فذبحها - ان كان ساقه تطوعا نحره موضعه
 ٤٨٣ ولد الهدية للهدى شرب ابن الهدى وركوبه
 ٤٨٥ الاكل من الهدى ٤٨٦ الهدى الواجب بغير التلذذ
 ٤٨٨ الهدى والاطعام لمساكين الحرم ٤٩١ الصيام يجزئه بكل مكان مايسن للهدى
 ٤٩٣ من وجبت عليه بدنة فذبح سبعا من الغنم
 ٤٩٥ ما لزم من الدماء وما يجزئه - ما يمنع من العيوب في الهدى
 ٤٩٦ الخصى ٤٩٧ ما يستحب لمن حج ٤٩٨ زيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم

(كتاب البيوع)

- ٥٠١ ضروب البيع ٥٠٣ خيار المتبايعين ٥٠٧ اذا كان أحدهما أحرس
 ٥٠٩ متى يبطل الخيار ٥١١ كيف ينتقل الملك الى المشتري
 ٥١٢ ما يحصل من غلات المبيع ونمائه ٥١٣ ضمان المبيع على المشتري
 ٥١٤ تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار ٥١٦ اذا قال لعبد . اذا بعثك فأنف حر
 ٥١٧ وطء الجارية في مدة الخيار ٥١٨ نقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار
 اذا تفرقا من غير فسخ - لو ألحقا في العقد خيارا بعد لزومه
 ٥٢٠ ما يعتبر لصحة العقد ٥٢٢ اذا وصف المبيع للمشتري
 ٥٢٣ اذا رآنا المبيع ثم عقدا بعد ذلك بزمان ٥٢٤ متى يثبت الخيار في البيع للخبز
 ٥٢٥ الخيار يمحور أكثر من ثلاث ٥٢٦ شرط الخيار
 ٥٢٧ شرط الخيار لأجنبي ٥٢٨ ان شرطا الخيار الى الليل أو النهد
 ٥٢٩ شرط الخيار الى طلوع الشمس أو الى الابد
 ٥٣٠ الشرط الى الحصاد
 ٥٣١ جواز الفسخ
 ٥٣٢ من شرطه الخيار حيلة على الانتفاع بالعرض
 ٥٣٤ أطرب العقود

(تم فهرس الجزء الثالث من المغني)

اطلبوا من مطبعة الامام :

١٣ شارع فرقول المنشية بالقلمة — مصر

فرش صاغ

- ٨٠ القصيدة النونية لابن القيم وشرحها للهراش ، في جزأين
- ٩٠ الصواعق المرسلة على الجهمية والمعتلة لابن القيم — هدم به جميع
- الطواغيت من المجاز والتأويل ، وبرهن على كل شيء بالدليل
- ١٥ الصلاة وما يلزم فيها للإمام أحمد ، ومنها الصلاة وأحكام تاركها .
لابن القيم
- ١٥ اجتماع الجيوش الاسلامية على غزو المعتلة والجهمية ، لابن القيم
- ١٥ مشكلات القرآن ومشكلات الاحاديث أو التوفيق بين النصوص
المتعارضة لجماعة من نوابغ علماء العصر
- ١٥ بقظة أولى الاعتبار في ما ورد في ذكر النار وأهل النار —
لصديق حسن خان
- ٤ زيارة القبور الشرعية والشركية لابن القيم
- ٢ تفسير (ولو أنهم اذ ظلموا أنفسهم جاءوك)

الجزء الرابع من :

المختار

أوسع ما ظهر في الفقه الإسلامى مع الترجيح بين الأقوال بالدليل

لأبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

على مختصر أبى القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الحرقى

بتصحيح الدكتور

محمد خليل هراس

المدرس بكلية أصول الدين

مطبعة الامام ١٣ شارع قرقول المنشية بالقاعة بمصر

باب الربا والصرف

الربا في اللغة هو الزيادة . قال الله تعالى (٢٣ ، ٥) فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت (وقال (١٦ ، ٩٢) أن تكون أمة هي أربى من أمة (أى أكثر عدداً ، يقال : أربى فلان على فلان إذا زاد عليه .

وهو في الشرع الزيادة في أشياء مخصوصة ، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (٢ ، ٢٧٥) وحرم الربا (وما بعدها من الآيات وأما السنة فروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اجتنبوا السبع الموبقات قيل يا رسول الله ما هي ؟ قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه » متفق عليهما في أخبار سوى هذين كثيرة . وأجمعت الأمة على أن الربا محرم

(فصل) والربا على ضربين : ربا الفضل وربا النسئة ، وأجمع أهل العلم على تحريمهما . وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة ، فحكى عن ابن عباس وأسامه بن زيد وزيد بن أرقم وابن الزبير أنهم قالوا « إنما الربا في النسئة » لقوله عليه السلام : لا ربا إلا في النسئة ، رواه البخاري ، والمشهور من ذلك قول ابن عباس ، ثم انه رجع الى قول الجماعة . روى ذلك الاثرم بإسناده ، وقاله الترمذى وابن المنذر وغيرهم .

وقال سعيد بإسناده عن أبي صالح قال « صحبت ابن عباس حتى مات فو الله ما رجع عن الصرف » وعن سعيد بن جبير قال « سألت ابن عباس قبل موته بعشرين ليلة عن الصرف فلم يره بأسا وكان يأمر به » ، والصحيح قول الجمهور . لحديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا غائباً بناجز ،

وروى أبو سعيد أيضاً قال : جاء بلال إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برّني ؛ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : من أين هذا يا بلال ؟ قال : كان عندنا تمر ردي . فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أوه ، عين الربا ، عين الربا ، لا تفعل ، ولكن إن أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به . متفق عليهما

قال الترمذي على حديث أبي سعيد : العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : لا ربا إلا في النسئنة ، محمول على الجنسين .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (وكل ما كيل أو وزن من سائر الأشياء فلا يجوز التفاضل فيه إذا كان جنساً واحداً)

قوله « من سائر الأشياء » يعني من جميعها ، وضع سائر موضع جميع تجوزاً ، وموضوعها الأصلي لباقي الشيء . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في الربا أحاديث كثيرة . ومن أمها ما روى عبادة بن الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : الذهب بالذهب مثلاً بمثل والفضة بالفضة مثلاً بمثل والتمر بالتمر مثلاً بمثل والبر بالبر مثلاً بمثل والملح بالملح مثلاً بمثل والشعير بالشعير مثلاً بمثل ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، ويبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، ويبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، رواه مسلم

فهذه الأعيان المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والاجماع واختلف أهل العلم فيما سواها ، فحكى عن طاوس وقنادة : أنهما قصرا الربا عليها وقالوا : لا يجري في غيرها ، وبه قال داود ونفاة القياس ، وقالوا ما عداها على أصل الإباحة . لقول الله تعالى (٢ ، ٢٧٥) وأحل الله البيع) واتفق القائلون بالقياس على أن ثبوت الربا فيها بعلّة ، وأنه يثبت في كل ما وجدت فيه علته ، لأن القياس دليل شرعي ، فيجب استخراج علة هذا الحكم وإثباته في كل موضع وجدت علة فيه ، وقول الله تعالى (٢ ، ٢٧٥) وخرم الربا يقتضي تحريم كل زيادة إذ الربا في اللغة الزيادة ، إلا ما أجمعنا على تخصيصه وهذا يعارض ما ذكره .

ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد ، إلا سعيد ابن جبير فإنه قال : كل شئين يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا ، كالحنطة بالقمح ، والتمر بالزبيب ، والذرة بالدخن ، لانهما يتقارب نفعهما مجريا مجرى نوعي جنس واحد . وهذا يخالف قول النبي (ص) « يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم بدأيد ، ويبعوا البر بالتمر كيف شئتم » فلا يعول عليه ، ثم يبطل الذهب بالفضة ، فإنه يجوز التفاضل فيهما مع تقاؤهما .

واتفق المعلومون على أن علة الذهب والفضة واحدة ، وعلة الاعيان الاربعة واحدة ، ثم اختلفوا في علة كل واحد منهما ، فروى عن أحمد في ذلك ثلاث روايات . أشهرهن أن علة للربا في الذهب والفضة كونه موزون جنس ، وعلة الاعيان الاربعة مكييل جنس . نقلها عن أحمد الجماعة . وذكرها الحرق وابن أبي موسى وأكثر الاصحاب ، وهو قول النخعي والزهري والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي .

فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكييل أو موزون بجنسه مطعوما كان أو غير مطعوم ؛ كالحبوب والاشنان والنورة والقطن والصوف والكتان والورس والحنل والعصفر والحديد والنحاس ونحو ذلك ، ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن . لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين ، فإنى أخاف عليكم الرماء » — وهو الربا — فقام إليه رجل فقال . يا رسول الله أرايت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجبية بالإبل ؟ فقال « لا بأس إذا كان بدأيد » رواه الإمام أحمد في المسند عن ابن حبان عن أبيه عن ابن عمر .

وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما وزن مثلا بمثل إذا كان نوعا واحدا » وما كيل مثلا بمثل إذا كان نوعا واحدا » رواه الدارقطني ، ورواه ابن صاعد عن عبد الله بن أحمد بن حنبل عن أحمد بن محمد بن أيوب عن أبي بكر ابن عياش عن الربيع عن صبيح عن الحسن عن عبادة وأنس عن النبي صلى الله عليه وسلم . وقال : لم يروه عن أبي بكر هكذا غير محمد بن أحمد بن أيوب وخالفه غيره ، فرواه بلفظ آخر .

وعن عمار أنه قال « العبد خير من العبدن ، والثوب خير من الثوبين ، فما كان يبدأ بيد فلا بأس به ، إنما الربا في النساء إلا ما كيل أو وزن ، ولأن قضية البيع المساواة والمؤثر في تحقيقها الكيل والوزن والجنس ، فإن الوزن أو الكيل يسوى بينهما صورة والجنس يسوى بينهما معنى ، فكلنا علة ، ووجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعم بدليل بيع الثقبيلة بالحقيفة فإنه جائز إذا تساوى في الكيل والرواية الثانية : أن العلة في الأثمان الثمنية وفيما عداها كونه مطعوم جنس فيختص بالمطعومات ويخرج منهما عداها ، قال أبو بكر روى ذلك عن أحمد جماعة ونحو هذا قال الشافعي . فإنه قال : العلة الطعم والجنس شرط ، والعلة في الذهب والفضة : جوهرية الثمنية غالباً فيختص بالذهب والفضة ، لما روى معمر بن عبد الله « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل » ، رواه مسلم ولأن الطعم وصف شرف إذ به قوام الأبدان والثمنية وصف شرف ، إذ بها قوام الأموال فيقتضى التعليل بهما ولأنه لو كانت العلة في الأثمان الوزن لم يحز إسلامها في الموزونات لأن أحد وصفي علة ربا الفضل يكفي في تحريم النساء .

والرواية الثالثة : العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه معطوم جنس مكبلاً أو موزوناً ، فلا يجزى الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن ، كالتفاح والمان والخوخ والبطيخ والكمثرى والآترج والسفرجل والأجاص والخيار والجوز والبيض ، ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والأشنان والحديد والرصاص ونحوه ، ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، وهو قديم قول الشافعي ، لما روى : عن سعيد بن المسيب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا إلا فيما كيل أو وزن بما يؤكل أو يشرب » أخرجه الدارقطني ، وقال : الصحيح إنه من قول سعيد ، ومن رفعه فقد وهم ولأن لكل واحد من هذه الأوصاف أثراً ، والحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه ، فلا يجوز حذفه ولأن الكيل والوزن والجنس لا يقتضى وجوب المماثلة ، وإنما أثره في تحقيقها في العلة ما يقتضى ثبوت الحكم لا ما تحقق شرطه ؛ والطعم بمجردده لا تتحقق المماثلة به لعدم المعيار الشرعى فيه ، وإنما تجب المماثلة في المعيار الشرعى وهو الكيل والوزن ، ولهذا وجبت المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزناً ، فوجب أن يكون الطعم معتبراً في المكيل والموزون دون غيرهما .

والاحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها وتقييد كل واحد منها بالآخر ،
فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعى
وهو الكيل والوزن ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعوم المنهى عن
التفاضل فيه .

وقال مالك : العلة القوت أو ما يصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات
وقال ربيعة يجرى الربا فيما يجب فيه الزكاة دون غيره ، وقال ابن سيرين الجنس الواحد
علة ، وهذا القول لا يصح : لقول النبي صلى الله عليه وسلم في بيع الفرس
بالافراس والنجبة بالإبل « لا بأس به إذا كان يدأ بيد » وروى « أن النبي صلى الله
عليه وسلم ابتاع عيذاً بعدين » رواه أبو داود والترمذى وقال : هو حديث حسن
صحيح ، وقول مالك ينتقض بالخطب والادام يستصلح به القوت ولا ربا فيه عنده
وتعليل ربيعه ينعكس بالملح والعكس لازم عند اتحاد العلة .

والحاصل . أن ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد ففيه
الربا رواية واحدة ، كالارز والدخن والذرة والقطنيات والدهن والحل واللبن واللحم
ونحوه ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر . هذا قول علماء الامصار في
القديم والحديث ، سوى قتادة فإنه بلغنى أنه شذ عن جماعة الناس فقصر تحريم
التفاضل على الستة الاشياء ، وما انعدم فيه الكيل والوزن والطعم واختلف جنسه
فلا ربا فيه رواية واحدة ، وهو قول أكثر أهل العلم ، كالتين والنوى والقت
والماء والطين الارمنى فإنه يؤكل دواء فيكون موزوناً ما كولا ، فهو إذاً من القسم
الاول ، وما عداه انما يؤكل سفهاً فجرى مجرى الرمل والحصا .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعائشة « لا تأكلى الطين ،
فإنه يصفر اللون » وما وجد فيه الطعم وحده أو الكيل أو الوزن من جنس واحد
ففيه روايتان ، واختلف أهل العلم فيه . والاولى ان شاء الله تعالى . حله ، إذ ليس
في تحريمه دليل موثوق به ولا معنى يقوى التمسك به ، وهى مع ضعفها يعارض
بعضها بعضاً فوجب اطراحها أو الجمع بينها والرجوع إلى أصل الحل الذى يقتضيه
الكتاب والسنة والاعتبار ، ولا فائدة في المطعومات من مادة كاذبة كالآل ؛

والذرة والذخن أو أدما كالقطنيات واللبن واللحم ، أو تفكها كالشمار أو تدأويا
كالاهليايح والسقمونيا فإن الكل في باب الربا واحد .

فصل

وقوله ما كيل أو وزن أى ما كان جنسه مكيلا أو موزونا ، وإن لم يتأت فيه
كيل ولا وزن إما لقلته كالحبة والحبتين والحفنة والحفتين وما دون الارزة من
الذهب والفضة أو لكثرتة كالزبرة العظيمة فإنه لا يجوز بيع بعضه ببعض الا مثلا
بمثل ويمحرم التفاضل فيه ، وبهذا قال الثورى والشافعى واسحاق وابن المنذر ،
ورخص أبو حنيفة فى بيع الحفنة بالحفتين والحبة بالحبتين وسائر المكيل الذى
لا يتأتى كيلاه ووافق فى الموزون ، واحتج بأن العلة الكيل ولم يوجد فى اليسير .
ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مثلا بمثل ، والبر بالبر مثلا بمثل
من زاد أو ازداد فقد أربى ، ولان ما جرى الربا فى كثيره جرى فى قليله كالوزون .
(فصل) ولا يجوز بيع ثمرة بثمر ولا حفنة بحفنة ، وهذا قول الثورى ،
ولا أعلمه منصوصا عليه ، ولكنه قياس قولهم ، لان ما أصله الكيل لا تجرى
المماثلة فى غيره .

(فصل) فأما ما لا وزن للصناعة فيه كعمول الحديد والرصاص والنحاس
والقطن والكتان والصوف والابريسم فالمنصوص عن أحد فى الثياب والاكسية
أنه لا يجرى فيها الربا فانه قال . لا بأس بالثوب بالثوبين والكساء بالكساءين ،
وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال . لا يباع الفلاس بالفلسين ولا السكين بالسكينين
ولا ابرة بابرتين أصله الوزن ، ونقل القاضى حكم احدى المسألتين الى الاخرى ،
فجعل فيهما جميعا روايتين .

احدهما : لا يجرى فى الجميع ، وهو قول الثورى وأبى حنيفة وأكثر أهل العلم
لانه ليس بموزون ولا مكيل ، وهذا هو الصحيح . اذ لا معنى لثبوت الحكم مع
انتفاء العلة وعدم النص والإجماع فيه .

والثانية : يجرى الربا فى الجميع ، اختارها ابن عقيل لان أصله الوزن ، فلا يخرج
بالصناعة عنه كالحبز ، وذكر أن اختيار القاضى : أن ما كان يقصد وزنه بعد عمله
كالاسطال فقيه الربا وما لا فلا .

(فصل) ويجزى الربا في لحم الطير ، وعن أبي يوسف : لا يجزى فيه لأنه يباع بعير وزن .

ولنا أنه لحم فجزى فيه الربا كسائر اللحمان وقوله . لا يوزن قلنا هو من جنس ما يوزن ، ويقصد نقله وتختلف قيمته بثقله وخفته ، فأشبه ما يباع من الخبز بالعدد .

فصل

والجيد والردى والتبر والمضروب والصحيح والمكسور سواء في جواز البيع مع التاميل ، وتحريمه مع التفاضل . وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفة والشافعي ، وحكى عن مالك جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه ، وأنكر أصحابه ذلك ونفوه عنه ، وحكى بعض أصحابنا عن أحمد رواية . لا يجوز بيع الصحاح بالمكسرة ، ولأن للصناعة قيمة ، بدليل حالة الإتلاف ، فيصير كأنه ضم قيمة الصناعة إلى الذهب .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، والفضة بالفضة مثلاً بمثل » وعن عبادة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الذهب بالذهب تبرها وعينها ، والفضة بالفضة تبرها وعينها » رواه أبو داود ، وروى مسلم عن أبي الأشعث « أن معاوية أمر ببيع آنية من فضة في أعطيات الناس فبلغ عبادة فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والملح بالملح . إلا سواء بسواء ، عينابعين ، فمن زاد أو أزداد فقد أربى » وروى الأثرم عن عطاء بن يسار « أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها ، فقال أبو الدرداء : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا إلا مثلاً بمثل : ثم قدم أبو الدرداء على عمر ابن الخطاب رضي الله عنهما ، فذكر له ذلك ، فكتب عمر إلى معاوية . لا تبع ذلك إلا مثلاً بمثل وزناً بوزن » ولأنهما تساويا في الوزن ، فلا يؤثر اختلافهما في القيمة ، كالجيد والردى ، فأما إن قال لصائغ ، صنع لي خاتماً وزنه درهم وأعطيك مثل وزنه وأجرتك درهما ، فليس ذلك ببيع درهم بدرهمين ، وقال أصحابنا للصائغ أخذ الدرهمين ، أحدهما في مقابلة الخاتم . والثاني : أجرة له .

(فصل) وكل ما حرم فيه التفاضل حرم فيه النساء ؛ بغير خلاف نعلمه ،

ويحرم التفرق قبل القبض ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « عينا بعين » وقوله « يداً بيد » ولأن تحريم النساء أكد ، ولذلك جرى في الجنسين المختلفين ، فإذا حرم التفاضل فالنساء أولى بالتحريم .

مسألة ، قال وما كان من جنسين لحاز التفاضل فيه يداً بيد ، ولا يجوز نسيئة) لا خلاف في جواز التفاضل في الجنسين نعلمه ، إلا عن سعيد بن جبير أنه قال ما يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز التفاضل فيهما ، وهذا يردده قول النبي صلى الله عليه وسلم « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد » ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا الشعير بالشعير كيف شئتم يداً بيد ، وفي لفظ « إذا اختلفت هذه الأشياء فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » رواه مسلم وأبو داود ؛ ولأنهما جنسان لحاز التفاضل فيهما كما لو تباعدت منافعهما . ولا خلاف في إباحة التفاضل في الذهب بالفضة مع تقارب منافعهما .

فأما النساء ، فكل جنسين يجري فيها الرابطة واحدة ، كالملكيل بالملكيل ، والموزون بالموزون ، والمطعوم بالمطعوم عند من يعلل به ، فإنه يحرم بيع أحدهما بالآخر نساء ، بغير خلاف نعلمه ، وذلك لقوله عليه السلام « فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » ، وفي لفظ « لا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يداً بيد وأما نسيئة فلا » ، ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يداً بيد ، وأما النسيئة فلا » رواه أبو داود ؛ إلا أن يكون أحد العوضين ثمناً والآخر مثمنافاته يجوز النساء بينهما بغير خلاف ، لأن الشرع أخص في السلم والاصل في رأس المال الدراهم والدنانير ؛ فلو حرم النساء ههنا لانسد باب السلم في الموزونات في الغالب .

فأما إن اختلفت علتها كالملكيل بالموزون مثل بيع اللحم بالبر ففيهما روايتان إحداهما ؛ يحرم النساء فيهما . وهو الذي ذكره الحنفي ههنا لأنها مالان من أموال الرابطة يحرم النساء فيهما كالملكيل بالملكيل .

والثانية ، يجوز النساء فيهما وهو قول النخعي ، لأنها لم يجتمعا في أحد وصفي علة ربا الفضل ؛ لحاز النساء فيهما كالشباب بالحيوان .

(فصل) وإذا باع شيئاً من مال الربا بغير جنسه ، وعلة ربا الفضل فيهما واحدة لم يحز التفرق قبل القبض ، فإن فعلاً بطل العقد ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يشترط التقابض فيهما كغير أموال الربا ، وكبيع ذلك بأحد النقيدين .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد ، رواه مسلم ؛ وقال عليه السلام : « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » وروى مالك بن أنس بن الحدثان : « أنه اتبس صرفاً بمائة دينار ، قال فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوينا حتى اضطرب مني ، فأخذ يقلبها في يديه ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك ، فقال : لا والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذهب بالورق ربا إلا هاه وهاه والبر بالبر ربا إلا هاه وهاه ، والتمر بالتمر ربا إلا هاه وهاه ، والشعير بالشعير ربا إلا هاه وهاه ، متفق عليه ، والمراد به القبض ، بدليل أن المراد به ذلك في الذهب والفضة ، ولهذا فسره عمر به ، ولأنهما مالان من أموال الربا عليهما واحدة ، فحرم التفرق فيهما قبل القبض كالذهب بالفضة .

فأما أن اختلفت عليهما كالمكيل بالموزون عند من يعمل بهما فقال أبو الخطاب يجوز التفرق فيهما قبل القبض رواية واحدة ، لأن عليهما مختلفة ، فجاز التفرق قبل القبض كالثمن بالثمن ، وبهذا قال الشافعي إلا أنه لا يتصور عنده ذلك إلا في بيع الأثمان بغيرها ، ويحتمل كلام الحرق وجوب التقابض على كل حال لقوله « يداً بيد » . مسألة ، قال : « وما كان مما لا يكال ولا يوزن فجائز التفاضل فيه يداً بيد ، ولا يجوز نسبة »

اختلفت الرواية في تحريم النساء في غير المكيل والموزون على أربع روايات إحداهن : لا يحرم النساء في شيء من ذلك ، سواء بيع بجنسه أو بغيره متساوياً أو متفاضلاً ، إلا على قولنا : أن العلة الطعم ، فيحرم النساء في المطعوم ، ولا يحرم في غيره ، وهذا مذهب الشافعي ، واختار القاضي هذه الرواية ، لما روى أبو داود عن عبد الله بن عمرو : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً :

فنفدت الإبل ، فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة ، رواه أبو داود ، وروى سعيد في سننه عن أبي معشر عن صالح ابن كيسان عن الحسن بن محمد « أن عليا باع بعيراً له يقال له : عصيفير بأربعة أبعرة إلى أجل ، ولأنهما مالان لا يجري فيهما ربا الفضل ، فجاز النساء فيهما كالعرض بالدينار ولأن النساء أحد نوعي الربا فلم يجوز في الأموال كلها كالنوع الآخر والرواية الثانية : يحرم النساء في كل مال بيع بجنسه كالحيوان بالحيوان ، والثياب بالثياب ، ولا يحرم في غير ذلك ، وهذا مذهب أبي حنيفة ، وعن كره بيع الحيوان بالحيوان نساء : ابن الحنفية وعبد الله بن عمير وعطاء وعكرمة بن خالد وابن سيرين والثوري ، وروى ذلك عن عمار وابن عمر لما روى سمرة « أن النبي (ص) نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح ، ولأن الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل ، فحرم النساء كالكيل والوزن .

والثالثة : لا يحرم النساء إلا فيما بيع بجنسه متفاضلا ، فأما مع التماثل فلا ، لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يداً بيد » .

قال الترمذي : هذا حديث حسن ، وروى ابن عمر « أن رجلاً قال : يا رسول الله أرايت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالابل ؟ فقال : لا بأس إذا كان يداً بيد » من المستند وهذا يدل على إباحة النساء مع التماثل بمفهومه .

والرابعة : يحرم النساء في كل مال بيع بمال آخر ، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ، وهذا ظاهر كلام الحرق ، ويحتمل أنه أراد الرواية الثالثة : لأنه بيع عرض بعرض فحرم النساء بينهما كالجنسين من أموال الربا ، قال القاضى : فعلى هذا لو باع عرضاً بعرض ومع أحدهما دراهم والعروض نقداً والدراهم نسيئة جاز وإن كانت الدراهم نقداً والعروض نسيئة لم يجوز ؛ لأنه يفضى إلى النسيئة في العروض ، وهذه الرواية ضعيفة جداً ؛ لأنه إثبات حكم يخالف الأصل بغير نص ولا إجماع ولا قياس صحيح ، فإن في المحل المجمع عليه أو المنصوص عليه أوصافاً لها أثر في تحريم الفضل ، فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار ، وما هذا سبيله

لا يجوز إثبات الحكم فيه ، وإن لم يخالف أصلاً فكيف يثبت مع مخالفة الأصل في حل البيع ؟ وأصح الروايات : هي الأولى لموافقتها الأصل ، والأحاديث المخالفة لها ، قال أبو عبد الله : ليس فيها حديث يعتمد عليه ، ويعجبنى أن يتوقاه وذكر له حديث ابن عباس وابن عمر في هذا ، فقال : هما مرسلان ، وحديث سمرة يرويه الحسن عن سمرة .

قال الأثرم . قال أبو عبد الله لا يصح سماع الحسن من سمرة ، وحديث جابر قال أبو عبد الله : هذا حجاج زاد فيه « نساء » وليث بن سعد سمعه من أبي الزبير ولا يذكر فيه « نساء » وحجاج هذا هو حجاج بن أرقطة ، قال يعقوب بن شعبة : هو وأهى الحديث ؛ وهو صدوق .

وإن كان أحد المبيعين مما لا ربا فيه والآخر فيه ربا كالمكيل بالمعدود ففيه روايتان : أحدهما : يحرم النساء فيهما ، والثانية : لا يحرم ، كما لو باع معدوداً بمعدود من غير جنسه .

« مسألة » قال (ولا يباع شيء من الرطب يابس من جنسه إلا العرايا)

أراد الرطب مما يجري فيه الربا ، كالرطب بالتمر ، والعنب بالزيت ، واللبن بالجبن ، والحظوة المبولة ، أو الرطبة باليابسة أو المقلية بالنبينة ونحو ذلك ، وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب والليث ومالك والشافعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد ، وقال ابن عبد البر : جمهور علماء المسلمين على أن يبيع الرطب بالتمر لا يجوز بحال من الأحوال ، وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك ، لأنه لا يخلو إما أن يكون من جنسه فيجوز ، لقوله عليه السلام « التمر بالتمر مثلاً بمثل ، أو من غير جنسه ، فيجوز لقوله عليه السلام « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم » . ولنا قوله عليه السلام « لا تبيعوا التمر بالتمر » وفي لفظ « نهي عن بيع التمر بالتمر ، وخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً ، متفق عليه ، وعن سعد « أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال : أينقص الرطب إذا يبس ؟ قالوا : نعم ، فنهي عن ذلك ، رواه مالك وأبو داود والأثرم وابن ماجه ، ولفظ رواية الأثرم قال « فلا إذا » ، نهي وعمل

بأنه ينقص إذا ييس ؛ وروى مالك عن نافع عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزانة ، والمزانة بيع الرطب بالتمر كيلا ، وبيع العنب بالزبيب كيلا ، ولأنه جنس فيه الربا يبيع بعضه ببعض على وجه يفرد أحدهما بالنقصان ، فلم يجز كبيع المقلية بالنبية ، ولا يلزم الحديث بالعتيق ، لأن التفاوت يسير ، قال الخطابي : وقد تكلم بعض الناس في اسناد حديث سعد بن أبي وقاص في بيع الرطب بالتمر ، وقال : زيد أبو عياش راويه ضعيف ، وليس الأمر على ما توضحه ، وأبو عياش مولى بني زهرة معروف ، وقد ذكره مالك في الموطأ ، وهو لا يروى عن متروك الحديث .

(فصل) فأما بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب ونحوه من الرطب بمثله ، فيجوز مع التماثل في قول أكثر أهل العلم ، ومنع منه الشافعي فيما ييس ، فأما مالا ييس كالغثاء والخيار ونحوه فعلى قولين ، لأنه لا يعلم تساويهما حالة الادخار ، فأشبهه الرطب بالتمر ، وذهب أبو حفص العسكبرى من أصحابنا الى هذا ، وحمل كلام الحرقى عليه ، لقوله في اللحم : لا يجوز بيع بعضه ببعض رطباً ، ويجوز إذا تناهى جفافه مثلاً بمثل ، ومفهوم كلام الحرقى هنا إباحة ذلك ، لأن مفهوم نهيه عليه السلام عن بيع التمر بالتمر إباحة بيع كل واحد منهما بمثله ، ولأنهما تساويا في الحال على وجه لا يفرد أحدهما بالنقصان ، فجاز كبيع اللبن باللبن والتمر بالتمر ، ولأن قوله تعالى (وأحل الله البيع) عام خرج منه المنصوص عليه ، وهو بيع التمر بالتمر وليس هذا في معناه فبقى على العموم ، وما ذكره لا يصح ، فإن التفاوت كثير ، ويفرد أحدهما بالنقصان ، بخلاف مسألتنا ، ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق . لأن التفاوت في ذلك يسير ولا يمكن ضبطه ، فيعنى عنه .

مسألة ، قال (ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً ، ولا ما أصله الوزن كيلا)

لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المائلة في بيع الاموال التي يحرم التفاضل فيها ، وأن المساواة المراعية هي المساواة في المكيل كيلا وفي الموزون وزناً ، وهى تحققت هذه المساواة لم يضر اختلافهما فيما سواها . وان لم يوجد لم يصح البيع ،

وإن تساويا في غيرها ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور أهل العلم ، لا نعلم أحداً خالفهم إلا مالكا قال : يجوز بيع الموزونات بعضها ببعض جزافا .

ولنا قول النبي (ص) : الذهب بالذهب وزناً بوزن والفضة بالفضة وزناً بوزن والبر بالبر كيلا بكيلا والشعير بالشعير كيلا بكيلا ، رواه الأثرم في حديث عبادة ؛ ورواه أبو داود ونظله ، البر بالبر مدى بمدى والشعير بالشعير مدى بمدى والملح بالملح مدى بمدى ، فمن زاد أو أزداد فقد أربى ،

فأمر بالمساواة في الموزونات المذكورة في الوزن ، كما أمر بالمساواة في المكيلات في الكيل . وماعدا الذهب والفضة من الموزونات مقيس عليها ومشببه بها ، ولأنه جنس يجري فيه الربا فلم يجوز بيع بعضه ببعض جزافا كالمكيل ؛ ولأنه موزون من أموال الربا ، فأشبهه الذهب والفضة ، ولأن حقيقة الفضل مبطله للبيع ولا نعلم عدم ذلك إلا بالوزن ، فوجب ذلك كما في المكيل والأثمان

إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز بيع المكيل بالمكيل وزنا ولا بيع الموزون بالموزون كيلا ، لأن التماثل في الكيل مشروط في المكيل ، وفي الوزن في الموزون ، فبيع باع رطلا من المكيل برطل حصل في الرطل من الخفيف أكثر مما يحصل من الثقيل فيختلفان في الكيل ، وإن لم يعلم الفضل لكن يجهل التساوى فلا يصح ، كما لو باع بعضه ببعض جزافا ، وكذلك لو باع الموزون بالموزون بالمكيل فلا يتحقق التماثل في الوزن فلم يصح كما ذكرنا في المكيل

(فصل)

ولو باع بعضه ببعض جزافا ، أو كان جزافا من أحد الطرفين لم يجوز . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن ذلك غير جائز إذا كانا من صنف واحد ، وذلك لما روى مسلم عن جابر قال : نهى رسول الله (ص) عن بيع الصبرة من التمر لايعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر ، وفي قول النبي (ص) : الذهب بالذهب وزنا بوزن ، إلى تمام الحديث دليل على أنه لا يجوز بيعه إلا كذلك ، ولأن التماثل شرط والجهل به يبطل البيع كحقيقة التفاضل

(فصل) ومالا يشترط التماثل فيه كالجنسين ومالا ربا فيه يجوز بيع بعضه ببعض كيلا ووزنا وجزافا . وهذا ظاهر كلام الحنفى لتخصيصه ما يكال بمنع بيعه

بشيء من جنسه وزناً ، وما يوزن بمنع بيعه من جنسه كيلاً . وهذا قول أكثر أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الصبرة من الطعام بالصبرة لا يدرى كم كيل هذه ، ولا كيف هذه ؟ من صنف واحد غير جائز ، ولا بأس به من صنفين استدلالاً بقوله عليه السلام : « فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » . وذهب جماعة من أصحابنا إلى منع بيع المكيل بالمكيل جزأً وبيع الموزون بالموزون جزأً . وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم : أكره ذلك .

قال ابن أبي موسى : لا خير فيما يكال بما يكال جزأً ، ولا فيما يوزن بما يوزن جزأً ، اتفقت الاجناس أو اختلفت ، ولا بأس ببيع المكيل بالموزن جزأً ، وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر . وذلك لأن النبي (ص) نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازة ، ولأنه بيع مكيل بمكيل أشبه الجنس الواحد .

ولنا قول النبي (ص) « فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » . وأيضاً ، ولأن قول الله تعالى (٢٧٥ ، ٢) « وأحل الله البيع » عام خصصناه في الجنس الواحد الذي يجب التماثل فيه ؛ ففيما عداه يجب البقاء على العموم ، ولأنه يجوز التفاضل فيه فجاز جزأً من الطرفين بالمكيل بالموزون .

بحقيقته أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع ، فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً ، وحديثهم أراد به الجنس الواحد ، ولهذا جاء في بعض ألفاظه « نهى أن تباع الصبرة لا يعلم مكيلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكيلها من التمر » . ثم هو مخصوص بالمكيل والموزون فنقيس عليه محل النزاع ، وما ذكر من القياس غير صحيح لأن المكيل من جنس واحد يجب التماثل فيه فمنع من بيعه مجازة لفوات المماثلة المشروطة ، وفي الجنسَيْن لا يشترط التماثل ولا يمنع حقيقة التفاضل ، فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً .

(فصل) ولو قال بعثك هذه الصبرة بهذه الصبرة ، وهما من جنس واحد ولا يعلنان كيلهما لم يصح لما ذكرنا ، وإن علم كيلهما وتساويهما صح البيع لوجود التماثل المشروط ، وإن قال بعثك هذه الصبرة بهذه الصبرة مثلاً بمثل فكيلنا فكاتنا سواء صح البيع والاغلا ، وإن باع صبرة بصبرة من غير جنسها صح عند من يجوز

بيع المكييل بالمكييل جزافاً ، وإن قال : بعثك هذه الصبرة بهذه مثلاً بمثل فكييلنا فكأننا سواء صرح بالبيع ؛ وإن زادت إحداهما فرضى صاحب الناقصة بها مع نقصها أو رضى صاحب الزائدة برد الفضل على صاحبه جاز ، وإن امتنع ففسخ البيع بينهما ، ذكر هذا الفصل القاضي وهو مذهب الشافعى .

فصل في

ويجوز قسم المكييل وزناً وقسم الموزون كيلاً وقسم الثمار خرصاً وقسم ما لا يجوز بيع بعضه ببعض لأن القسمة إفراز حق وليست بيعاً ، ونقل عن ابن بطلة ما يدل على أنها بيع ، فيثبت فيها أحكام البيع ، ويمنع فيها ما ذكرناه ، لأن كل جزء من ذلك مشترك بينهما فإذا تعين لكل واحد منهما حق فقد اشترى نصيب شريكه مما تعين له بتصيبه فيما تعين لشريكه ، وللشافعى قولان كالمنهيين ، والظاهر أنها إفراز حق بدليل اعتبار تعديل السهام ودخول القرعة فيها ولزومها بها ، والإجبار عليها ، وأنها لا تقتصر إلى لفظ بيع ولا تمليك ، ولا يدخلها خيار ، ولا تجوز إلا بقدر الحقين ، ولا يثبت فيها شفعة وتختص باسم . وتفاير الأحكام والأسماء دليل على اختلافها ، وروى عن ابن عباس أنه قال : قسمت الصحابة رضى الله عنهم الغنائم بالحجف ، وذلك كييل الأثمان ؛ يحضر من جماعة كثيرة منهم وانشر في بقيتهم فلم ينكر ، فصار إجماعاً على ما قلناه .

(فصل في معرفة المكييل والموزون والمرجع في ذلك إلى العرف بالحجاز)

في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، وبهذا قال الشافعى ، وحكى عن أبي حنيفة : أن الاعتبار في كل بلد بعادته .

ولنا ما روى عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة ، والنبي صلى الله عليه وسلم إنما يجعل كلامه على بيان الأحكام ولأن ما كان مكيلاً بالحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم انصرف التحريم في فاضل الكييل إليه ، فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك وهكذا الموزون ، وما لا عرف له بالحجاز يحتمل وجهين :

أحدهما : يرد إلى أقرب الأشياء شبهها به بالحجاز ، كما أن الحوادث ترد إلى أشبه المنصوص عليه بها ، وهو القياس .

والثاني : يعتبر عرفه في موضعه فإن لم يكن له في الشرع حد كان المرجع فيه إلى العرف ، كالقبض والاحراز والتفرق ، وهذا قول أبي حنيفة ، وعلى هذا ان اختلفت البلاد ، فالاعتبار بالغالب فإن لم يكن غالب بطل هذا الوجه وتعين الاول ومذهب الشافعي على هذين الوجهين ، فالبر والشعير مكيلان منصوص عليهما بقول النبي صلى الله عليه وسلم « البر بابر كيلا بكيلا ، والشعير بالشعير كيلا بكيلا ، وكذلك سائر الحبوب والأبازير والأشنان والجص والتورة وما أشبهها ، وانتم مكيل ، وهو من المنصوص عليه .

وكذلك سائر تمر النخل من الرطب والبسر وغيرهما . وسائر ما نجب فيه الزكاة من الثمار ، مثل الزبيب والفسق والبندق والعناب والمشمش والبطم والزيتون واللوز والملح مكيل ، وهو من المنصوص عليه بقوله عليه السلام « الملح بالملح مدى بمدى ، والذهب والفضة موزونان ، ثبت ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم «الذهب بالذهب وزنا بوزن والفضة بالفضة وزناً بوزن ، وكذلك ما أشبههما من جواهر الأرض كالحديد والنحاس والصفرة والرصاص والزجاج والزئبق ومنه الأبريسم والقطن والكتان والصوف وغزل ذلك وما أشبهه ، ومنه الخبز واللحم والشحم والجبن والزبد والشمع وما أشبهه ، وكذلك الزعفران والعصفر والورس وما أشبه ذلك .

فصل

والدقيق والسويق مكيلان لأن أصلهما مكيل ولم يوجد ما ينقلهما عنه ولأنهما يشبهان ما يكال ، وذكر القاضي في الدقيق ، أنه يجوز بيع بعضه ببعض بالوزن ، ولا يمتنع أن يكون أصله مكيلاً وهو موزون كالخبز .

ولنا ما ذكرناه ولأنه يقدر بالصاع بدليل أنه يخرج في الفطرة صاع من دقيق ، وقد جاء في الحديث ، والصاع إنما يقدر به المكيلات ، وعلى هذا يكون الاقط مكيلاً لان في حديث صدقة الفطر « صاع من أقط ،

(فصل) فأما اللبن وغيره من المائعات كالادهان من الزيت والشيرج والعسل والحل والدبس ونحو ذلك ، فالظاهر أنها مكيلة ، قال القاضي في الادهان : هي مكيلة ، وفي اللبن يصح السلم فيه كيلاً وقال أصحاب الشافعي . لا يباع اللبن بعضه ببعض إلا كيلاً ، وقد روى عن أحمد أنه سئل عن السلف في اللبن ؟ فقال : نعم

كيلا أو وزنا ، وذلك لان الماء مقدر بالصاع ، ولذلك كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالماء ويغتسل بالصاع ؛ ويغتسل هو وبعض نسائه من الفرق ، وهذه مكاييل قدر بها الماء ، وكذلك سائر المائعات ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهي عن بيع ما في ضروع الانعام إلا بالكيل ، رواه ابن ماجه .

وأما غير المكيل والموزون فالأصل يمكن له أصل الحجاز في كيل ولا وزن ولا يشبه ما جرى فيه العرف بذلك ، كالثياب والحيوان والمعدودات من الجوز والبيض والرمان والقناء والخيار وسائر الخضراوات والبقول والسفرجل والتفاح والكثرى ونحوها ، فهذه المعدودات إذا اعتبرنا التماثل فيها فإنه يعتبر التماثل في الوزن لانه أخصر ؛ ذكره القاضي في الفواكه الرطبة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والآخر قالوا : يعتبر ما أمكن كيله بالكيل ، ولأن الأصل الاعيان الاربعة ، وهي مكيلة ، ومن شأن الفرع أن يرد الى أصله بحكمه ، والأصل حكمه تحريم التفاضل بالكيل ، فكذلك يكون حكم فروعهما .

ولنا أن الوزن أخصر ، فوجب اعتباره في غير المكيل والموزون ؛ كالذي لا يمكن كيله ؛ وإنما اعتبر الكيل في المنصوص عليه ، لانه يقدر به في العادة ؛ وهذا بخلافه .

مسألة ، قال (والتمور كلها جنس ، وإن اختلفت أنواعها)

الجنس : هو الشامل لأشياء مختلفة بأنواعها ، والنوع : الشامل لأشياء مختلفة بأشخاصها ، وقد يكون النوع جنساً بالنسبة الى ما تحته ، نوعاً بالنسبة الى ما فوقه ؛ والمراد هنا : الجنس الاخص ؛ والنوع الاخص ، فكل نوعين اجتماعاً في اسم خاص فهما جنس كأنواع التمر وأنواع الحنطة ، فالتمور كلها جنس واحد ، لأن الاسم الخاص يجمعها ، وهو التمر ، وإن كثرت أنواعه ، كالبرني والعقلي والابراهيمي والحاسي وغيرها ، وكل شيئين اتفقا في الجنس ثبت فيهما حكم الشرع بتحريم التفاضل ؛ وإن اختلفت الأنواع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مثلاً بمثل ؛ والبر بالبر مثلاً بمثل » الحديث بتمامه ، فاعتبر المساواة في جنس التمر بالتمر والبر بالبر ، ثم قال « فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » وفي لفظ « فإذا

اختلف الجنسان فيبعضوا كيف شئتم ، وفي لفظ « إلا ما اختلفت ألوانه » ولاخلاف بين أهل العلم علمناه في وجوب المساواة في التمر بالتمر وسائر ما ذكر في الخبر مع اتفاق الأنواع واختلافها .

(فصل) فإن كان المشتركان في الاسم الخاص من أصليين مختلفين فهما جنسان كالأدقة والأخجاز والخلول والدهان وعصير الأشياء المختلفة كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها ، وحكي عن أحد : أن خل التمر وخل العنب جنس ، وحكي ذلك عن مالك ، لأن الاسم الخاص يجمعها ، والصحيح : أنها جنسان لأنها من أصليين مختلفين فكانا جنسين ، كدقيق الحنطة ودقيق الشعير ، وما ذكر للرواية الأخرى منتقض بسائر فروع الأصول التي ذكرناها ، وكل نوع مبنى على أصله ، فإذا كان شيئان من أصليين فهما جنسان ، فزيت الزيتون وزيت البطم وزيت الفجل أجناس ، ودهن السمك والثيبرج ودهن الجوز ودهن اللوز والبرر أجناس ، وعسل النحل وعسل القصب جنسان ، وتمر النخل وتمر الهند جنسان ، وكل شيئين أصليهما واحد فهما جنس واحد ، وإن اختلفت مقاصدهما ، فدهن الورد والبنفسج والزئبق ودهن الياسمين إذا كانت من دهن واحد فهي جنس واحد ، وهذا الصحيح من مذهب الشافعي .

وله قول آخر . لا يجري الربا فيها لأنها لا تقصد للأكل ، وقال أبو حنيفة : هي أجناس لأن مقاصدها مختلفة .

ولنا أنها كلها شيرج وإنما طيبت بهذه الرياحين فنسبت إليها ، فلم تصر أجناساً كما لو طيب سائر أنواع الأجناس ، وقولهم لا تقصد الرياحين للأكل ، قلنا . هي صالحة للأكل وإنما تعد لها هو أعلى منه ، فلا تخرج عن كونها ما كولة بصلاحها لغيره ، وقولهم : إنها أجناس لا يصح لأنها من أصل واحد ويشملها اسم واحد ، فكانت جنساً كأنواع التمر والحنطة :

(فصل) وقد يكون الجنس الواحد مشتملاً على جنسين ، كالتمر يشتمل على النوى وغيره ، وهما جنسان ، واللبن يشتمل على الخيض والزبد ، وهما جنسان ، فإدما متصلين اتصال الخلقة فهما جنس واحد ، فإذا ميز أحدهما من الآخر صارا جنسين حكمهما حكم الجنسين الأصليين :

فصل

في بيع التمر بالتمر وفروعه ، يجوز بيع التمر بالتمر كيلا بكيل بغير خلاف وسواء تساويا في الجودة والردامة ، وفي كونهما ينكبتان في المكيال أو اختلفا في ذلك ، قيل لا أحمد . صاع تمر بصاع تمر وأحد التميرين يدخل في المكيال منه أكثر ؟ فقال : إنما هو صاع بصاع ، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مدي بمدي — ثم قال — من زاد أو ازداد فقد أربى » ، فإن كان في كل واحد منهما نواه جاز بيعه متساويا بغير خلاف ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أن التمر يكون فيه النوى وإن نزع من كل واحد منهما نواه جاز أيضا ، وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز في أحد الوجهين ، لأنهما لم يتساويا في حال الكمال ، ولأنه يتجافى في المكيال .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مدي بمدي » ، ولأنهما تساويا في الحال على وجه لا يفرد أحدهما بالقصان : بخار ، كما لو كان في كل واحد منهما نواه ، ويجوز بيع النوى بالنوى كيلا لذلك ، وإذا باع تمرأ منزوع النوى بتمر نواه فيه لم يجز ، لا شتمال أحدهما على ما ليس من جنسه دون الآخر ، وإن نزع النوى ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر لم يجز ، لأنه زالت التبعية بنزعه ، فصار كببيع تمر وحنطة بتمر وحنطة ، وإن باع النوى بتمر منزوع النوى جاز متفاضلا ومتساويا ، لأنهما جنسان ، وإن باع النوى بتمر نواه فيه ، فعلى روايتين ، منع منه في رواية مهنا وأحمد بن القاسم لأن التمر نوى فيصير كدعجوة ، وكما لو باع تمرأ فيه نواه بتمر منزوع النوى ، وأجاز ذلك في رواية ابن منصور ، ولأن النوى في التمر غير مقصود ، ولذلك جاز بيع التمر بالتمر في كل واحد منهما نواه ، وصار هذا كببيع دار معجوه سقفا بالذهب بذهب . فعلى هذا يجوز بيعه متفاضلا ومتساويا لأن النوى الذي في التمر لا عبرة به ، فصار كببيع النوى بمنزوع النوى .

(فصل) ويصنع من التمر : الدبس والحل والناطف والقضارة ، ولا يجوز بيع التمر بشيء منها لأن مع بعضها من غير جنسها وبعضها مائع والتمر جامد ، ولا يجوز بيع الناطف ببعضه وبعض لا بغيره من المصنوع من التمر لأن معهما شيئا مقصودا من جنسهما فينزل منزلة مدعجوة ، ويجوز بيع القضارة والدبس والحل كل نوع بعضه ببعض متساويا

قال أحمد في رواية منها ، في خل الدقل : يجوز بيع بعضه ببعض متساويا ، وذلك لان الماء في كل واحد منهما غير مقضود ، وهو من مصلحته فلم يمنع جواز البيع كالحبيز بالحبز والتمر بالتمر في كل واحد منهما نواه ، ولا يباع نوع بنوع آخر لان في كل واحد منهما من غير جنسه يقل ويكثر ، فيفضي الى التفاضل .
(فصل ' والعنب كالتمر فيما ذكرناه ، الا أنه لا يباع خل العنب بخل الزبيب لانفراد كل واحد منهما بما ليس من جنسه ، ويجوز بيع خل الزبيب بعضه ببعض كما يجوز بيع خل التمر بعضه ببعض .)

« مسألة ، قال (والبر والشعير جنسان)

هذا هو المذهب . وبه يقول الثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وعن أحمد : أنهما جنس واحد ، وحكى ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث وابن معيقيب الدوسي والحكم وحام ومالك والليث ، لما روى عن معمر بن عبد الله ، أنه أرسل غلامه بصاع قمح : فقال : به ثم اشتر به شعيراً ، فذهب الغلام : فأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع ، فلما جاء معمر أخبره بذلك ، فقال له معمر : لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده ، ولا تأخذن إلا مثلاً بمثل ، فإن النبي (ص) نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلاً بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير ، قيل : فإنه ليس بمثل قال إني أخاف أن يضارع ، أخرجه مسلم ، ولأن أحدهما يغش بالآخر فكانا كنوعى الجنس .

ولنا قول النبي (ص) « يعوا البر بالشعير كيف شئتم بدأيد » وفي لفظ « لا بأس ببيع البر بالشعير ؛ والشعير أكثرهما بدأيد ، وأما نسيئة فلا » وفي لفظ « فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » وهذا صريح صحيح ، لا يجوز تركه بغير معارض مثله ، ولأنهما لم يشتركا في الاسم الخاص فلم يكونا جنساً واحداً كالتمر والحنطة ، ولأنهما مسميان في الاصناف الستة ، فكانا جنسين كسائرهما وحديث معمر لا بد فيه من إضمار الجنس ، بدليل سائر أجناس الطعام ؛ ويحتمل أنه أراد الطعام المعهود عندهم وهو الشعير ، فإنه قال في الخبر « وكان طعامنا يومئذ الشعير » ثم لو كان عاماً لوجب تقديم الخاص الصريح عليه ، وفعل معمر

وقوله لا يعارض به قول النبي (ص)، وقياسهم ينتقض بالذهب والفضة .
 (فصل في الحنطة وفروعها) وفروعها نوعان . أحدهما : ما ليس فيه غيره
 كالذقيق والسويق ، والثاني : ما فيه غيره ، كالخبز والهريسة والغالودج والنشاء
 وأشباها ، ولا يجوز بيع الحنطة بشيء من فروعها ، وهي ثلاثة أقسام :
 أحدها : السويق ، فلا يجوز بيعه بالحنطة ، وبهذا قال الشافعي ، وحكى عن
 مالك وأبي ثور جواز ذلك متائلا ومتفاضلا .

ولنا أنه بيع الحنطة ببعض أجزائها متفاضلا فلم يجوز بيعه مكوك حنطة
 ، سكوكي دقيق ، ولا سبيل الى التماثل ، لأن النار قد أخذت من أحدهما دون
 الآخر ، فأشبهت المقلية .

القسم الثاني ما معه غيره ، فلا يجوز بيعها به أيضاً ، وقال أصحاب أبي حنيفة
 يجوز ذلك بناء على مسألة مد مجوة ، وسنذكر الدليل على ذلك ان شاء الله تعالى

القسم الثالث : الذقيق فلا يجوز بيعها به في الصحيح ، وهو مذهب سعيد
 ابن المسيب والحسن والحكم وحاد والثوري وأبي حنيفة ومكحول ، وهو المشهور
 عن الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى ، أنه جائز ، وبهذا قال ربيعة ومالك ،
 وحكى ذلك عن النخعي وقتادة وابن شبرمة وإسحاق وأبي ثور ، لأن الذقيق نفس
 الحنطة ، وإنما تكسرت أجزاؤها ، فجاز بيع بعضها ببعض كالحنطة المكسرة
 بالصالح ، فعلى هذا إنما تباع الحنطة بالذقيق وزناً ، لأنها قد تفرقت أجزاؤها
 بالطحن وانتشرت ، فتأخذ من المكيال مكانا كبيراً ، والحنطة تأخذ مكانا صغيراً
 والوزن يسوى بينهما ، وبهذا قال إسحاق .

ولنا أن بيع الحنطة بالذقيق بيع للحنطة بنفسها متفاضلا لحرم : بيع مكيلة
 بمكيلتين ، وذلك لأن الطحن قد فرق أجزائها ، فيحصل في مكيالها دون ما يحصل
 في مكيال الحنطة ، وإن لم يتحقق التفاضل بقدر جهل التماثل ، والجهل بالتماثل كالعلم
 بالتفاضل فيما يشترط التماثل فيه ، ولذلك لم يجوز بيع بعضها ببعض جزافاً وتساوياً
 في الوزن لا يلزم منه التساوى في الكيل ، والحنطة والذقيق مكيلان لأن الأصل
 الكيل ولم يوجد ما ينقل عنه ، ولأن الذقيق يشبه المكيلات ، فكان مكيلا

كالحنطة ، ثم لو كان موزونا لم يتحقق التساوى بين المكييل والموزون ، لأن المكييل لا يقدر بالوزن كما لا يقدر الموزون بالمكييل .

(فصل) فأما بيع بعض فروعها ببعض ، فيجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساويا ، وبه قال أبو حنيفة والمشهور عن الشافعي : المنع من ذلك ، لأنه يعتبر تساويهما حالة الكمال ، وهو حال كونها حنطة ، وقد فات ذلك لأن أحد الدقيقين قد يكون من حنطة وزينة والآخر من حنطة خفيفة ، فيستويان دقيقاً ولا يستويان حنطة .

ولنا أنهما تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالتقصان لجاز ، كييع التمر بالتمر .

إذا ثبت هذا . فأما يباع بعضه ببعض كيلا ، لأن الحنطة مكيلة ولم يوجد في الدقيق والسويق ما ينقلهما عن ذلك ، ويشترط أن يتساويا في النعومة ، ذكره أبو بكر وغيره من أصحابنا ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنهما إذا تفاوتتا في النعومة تفاوتتا في ثاني الحال ، فيصير كييع الحنطة بالدقيق ، وذكر القاضي أن الدقيق يباع بالدقيق وزنا ولا وجه له ، وقد سلم في السويق أنه يباع بالمكييل والدقيق مثله ، فأما بيع الدقيق بالسويق فالصحيح : أنه لا يجوز ، وهو مذهب الشافعي ، وروى عن أحمد : أنه يجوز ، لأن كل واحد منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره ، فأشبه الدقيق بالدقيق والسويق بالسويق :

ولنا أن النار قد أخذت من أحدهما فلم يحز بيع بعضه ببعض كالمقلية بالنينة ، وروى عن مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور : أنه لا بأس ببيع الدقيق بالسويق متفاضلا . لأنهما جنسان .

ولنا أنهما أجزاء جنس واحد ، فلم يحز التفاضل بينهما ، كالدقيق مع الدقيق والسويق بالسويق .

(فصل) فأما ما فيه غيره كالخبز وغيره فهو نوعان :

أحدهما : أن يكون ما فيه من غيره غير مقصود في نفسه إنما جعل فيه لمصلحته كالخبز والنشاء ، فيجوز بيع كل واحد منهما بنوعه إذا تساويا في النشافة والرطوبة ويعتبر التساوى في الوزن ، لأنه يقدر به في العادة ولا يمكن كيلاه ، وقال مالك :

إذا تحرى أن يكون مثلاً بمثل فلا بأس به ، وإن لم يوزن به ، قال الأوزاعي وأبو ثور ، وحكى عن أبي حنيفة : لا بأس به قرصاً بقرصين ، وقال الشافعي : لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال ؛ إلا أن يبيس ويدق دقاً ناعماً ويباع بالكيل ، فقيه قولان ، لأنه مكمل يجب التساوى فيه ولا يمكن كياله ، فتعدت المساواة فيه ولأن في كل واحد منهما من غير جنسه ، فلم يحز بيعه به كالمغشوش من الذهب والفضة وغيرهما . ولنا على وجوب التساوى أنه مطعوم موزون ، فخرم التفاضل فيهما كاللحم واللبن ، ومتى وجب التساوى وجبت معرفة حقيقة التساوى في المعيار الشرعي ، كالخنطة بالخنطة والدقيق بالدقيق .

ولنا على الشافعي : أن معظم نفعه في حال رطوبته ، فجاز بيعه به كاللبن باللبن ولا يمتنع أن يكون موزوناً أصله غير موزون كاللحم والأدهان ، ولا يجوز بيع الرطب بالياس لانفراد أحدهما بالنقص في ثلثي الحال ، فأشبه الرطب بالتمر ، ولا يمنع زيادة أخذ التمر من أحدهما أكثر من الآخر حال رطوبتهما إذا لم يكثر لأن ذلك يسير ولا يمكن التحرز منه : أشبه بيع الحديثة بالعتيقة ، ولا يلزم ما فيه من الملع والماء ، لأن ذلك ليس بمقصود فيه ويراد لمصلحته ، فهو كالملح في الشيرج ، وإن يبس الخبز فدق وجعل فتيةً بيع بمثله كيلاً ، لأنه أمكن كياله فرد إلى أصله ، وقال ابن عقيل : فيه وجه آخر : أنه يباع بالوزن ، لأنه انتقل إليه

النوع الثاني : ما فيه غيره مما هو مقصود كالمهرسة والخزيرة والفالودج وخبز الأباثير والخشكناج والسنبوسك ونحوه ، فلا يجوز بيع بعضه ببعض ، ولا بيع نوع بنوع آخر ، لأن كل واحد منهما يشتمل على ما ليس من جنسه ، وهو مقصود كاللحم في المهرسة ، والعسل في الفالودج ، والماء والدهن في الخزيرة ، ويكثر التفاوت في ذلك ، فلا يتحقق التماثل فيه ، وإذا لم يمكن التماثل في النوع الواحد ففي النوعين أولى :

(فصل) والحكم في الشعير وسائر الحبوب كالحكم في الخنطة ، ويجوز بيع الخنطة والمصنوع منها بغيرها من الحبوب ، والمصنوع منها لعدم اشتراط المماثلة بينهما ، والله أعلم .

مسئلة ، قال (وسائر اللحان جنس واحد)

أراد جميع اللحم وجمعه - وهو اسم جنس - لاختلاف أنواعه ، ظاهر كلام الخرقى أن اللحم كله جنس واحد ، وذكره أبو الخطاب وابن عقيل رواية عن أحمد ، وهو قول أبي ثور وأحد قولى الشافعى ؛ وأنكر القاضى أبو يعلى كون هذا رواية عن أحمد ، وقال الأنعام والوحوش والطير ودواب الماء أجناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة ، وإنما فى اللحم روايتان

إحداهما أنه أربعة أجناس كما ذكرنا ، وهو مذهب مالك ، إلا أنه يجعل الأنعام والوحش جنساً واحداً ، فيكون عنده ثلاثة أصناف

والثانية أنه أجناس باختلاف أصوله ، وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى وهى أصح ، لأنها فروع أصول هى أجناس فكانت أجناساً كالآدقة والأخباز . وهذا اختيار ابن عقيل ، واختيار القاضى أنها أربعة أجناس ، وحمل كلام الخرقى عليها ، واحتج بأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها والقصد إلى أكلها فكانت أجناساً . وهذا ضعيف جداً لأن كونها أجناساً لا يوجب حصرها فى أربعة أجناس ، ولا نظير لهذا فيقاس عليه ؛ ولا يصح حمل كلام الخرقى عليه لعدم احتمال لفظه له وتصريحه فى الإيمان بأنه إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل من اللحم الأنعام أو الطائر أو السمك حث ، فيتعين حمل كلامه على عمومته فى أن جميع اللحم جنس ، لأنه اشترك فى الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه ، فكان جنساً واحداً كالطلع ، والصحيح أنه أجناس باختلاف أصوله . وهذا الدليل ينتقض بالتمر الهندى والتمر البرنى وعسل القصب وعسل النحل وغير ذلك .

فعلى هذا اللحم الإبل كله صنف ، بغناتها وعرايها ، والبقر عرايها وجواميسها صنف ، والغنم ضأنها ومعزها صنف ، ويحتمل أن يكونا صنفين ، لأن الله تعالى سماها فى الأزواج الثمانية فقال (٦ ، ١٤٣) ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين (ففرق بينهما كما فرق بين الإبل والبقر . فقال (٦ ، ١٤٤) ومن الإبل اثنين ومن البقر اثنين)

والوحش أصناف : بقرها صنف وغنمها صنف وظباؤها صنف ، وكل ما له اسم يخصه فهو صنف ، والطيور أصناف ، كل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف فيباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلا ومتماثلا ، ويباع بصفة متماثلا ، ومن جعلها صنفاً واحداً لم يجز عنده بيع لحم بلحم إلا متماثلا

« مسألة » قال ﴿ ولا يجوز بيع بعضه ببعض رطباً ، ويجوز إذا تناهى جفافه مثلاً بمثل ﴾ .

اختار الحرقى أنه لا يباع بعضه ببعض إلا في حال جفافه وذهاب رطوبته كلها ، وهو مذهب الشافعى . وذهب أبو حنص في شرحه إلى هذا . قال القاضى : والمذهب جواز بيعه ؛ ونص عليه

وقوله في الرطب بالرطب بجواز البيع ، ينه على إباحة بيع اللحم باللحم من حيث كان اللحم حال كاله ومعظم نفعه في حال رطوبته دون حال ينسه فجرى مجرى اللبن بخلاف الرطب ، فإن حال كاله ومعظم نفعه في حال ينسه ، فإذا جاز فيه البيع ففي اللحم أولى ، ولأنه وجد التماثل فيهما في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص ، فجاز كبيع اللبن باللبن . فأما بيع رطبه بيباسه أو ينه بمطبوخه أو مشويه فغير جائز لانفراد أحدهما بالنقص في الثانى فلم يجز كالرطب بالتمر

فصل

قال القاضى : ولا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مزوع العظام ، كما لا يجوز بيع العسل بالعسل إلا بعد التصفية . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ؛ وكلام أحمد رحمه الله يقتضى الإباحة من غير نزع عظامه ولا جفافه ، قال في رواية حنبل إذا صار إلى الوزن مثلاً بمثل رطلا برطل فأطلق ولم يشترط شيئاً ، وذلك لأن العظم تابع للحم بأصل الخلقة فلم يشترط نزع كالتوى في التمر ، وفارق العسل من حيث أن اختلاط الشمع بالعسل من فعل النحل لا من أصل الخلقة

فصل : واللحم والشحم جنسان ، والكبد صنف والطحال صنف والقلب صنف والمخ صنف ، ويجوز بيع كل صنف بصنف آخر متفاضلا . وقال القاضى :

لا يجوز بيع اللحم بالشحم ، وكره مالك ذلك إلا أن يتماثلا ، وظاهر المذهب : إباحة البيع فيهما متماثلا ومتفاضلا ، وهو قول أبو حنيفة والشافعي لأنهما جنسان ، تجاز التفاصل فيهما كالذهب والفضة ، وإن منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح ، لأن الشحم لا يظهر ، وإن كان فيه شيء فهو غير مقصود ، فلا يمنع البيع ولو منع لذلك لم يجز بيع لحم بلحم ، لاشتغال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه ، ثم لا يصح هذا عند القاضي : لأن السمين الذي يكون مع اللحم لحم عنده ، فلا يتصور اشتغال اللحم على الشحم ، وذكر القاضي أن اللحم الأبيض الذي على ظاهر اللحم الأحمر هو والأحمر جنس واحد ، وأن الآلية وللشحم جنسان ، وظاهر كلام الحرقى خلاف هذا لقوله : إن اللحم لا يخلو من شحم ولو لم يكن هذا شحما لم يختلط لحم بشحم ، فعلى قوله كل أبيض في الحيوان يذوب بالأذابة ويصير دهنا فهو جنس واحد ، وهذا أصح لقوله تعالى (٦ : ١٤٦) حرمتنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما (فاستثنى ما حملت الظهور من الشحم ، ولأنه يشبه الشحم في ذوبه ولونه ومقصده ، فكان شحما كالذي في البطن :

(فصل) وفي اللبن روايتان : إحداهما : هو جنس واحد ، لما ذكرنا في اللحم ، والثانية : هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم ، وهذا مذهب الشافعي ، وبه قال مالك : لأن الانعام كلها جنس واحد ، وقال ابن عقيل : لبن البقر الإهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها لأن اسم البقر يشملهما ، وليس بصحيح لأن لحمها جنسان ، فكان لبنها جنسين كالإبل والبقر ، ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلا وكيف شاء يدأيد وبجنسه متماثلا كيلا ، قال القاضي : هو مكمل لا يباع إلا بالكيل لأنه العادة فيه ، ولا فرق بين أن يكونا حليبين أو حامضين ، أو أحدهما حليب والآخر حامض لأن تغيير الصفة لا يمنع جواز البيع كالجودة والرداءة ، وإن شيب أحدهما بماء أو غيره لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه لأن معه من غير جنسه لغير مصلحته .

(فصل) ويتفرع من اللبن قسمان . ما ليس فيه غيره كالزبد والسمن والمخيض واللبن ، وما فيه غيره ، وكلاهما لا يجوز بيعه باللبن لأنه مستخرج من اللبن ، فلم

يجز يبعه بأعله الذى فيه منه كالحيوان باللحم والسمسم بالشيرج ، وهذا مذهب الشافعى ، وعن أحمد : أنه يجوز بيع اللبن بالزبد اذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذى فى اللبن ، وهذا يقتضى جواز بيعه به متفاضلا ومنع جوازه متماثلا قال القاضى : وهذه الرواية لا تخرج على المذهب لان الثبوتين اذا دخلهما الربا لم يجوز بيع أحدهما بالآخر ومعه من غير جنسه كمد عجوة ، ودرهم يدين والصحيح : أن هذه الرواية دالة على جواز البيع فى مسألة مد عجوة ، وكونها مخالفة لروايات أخر لا يمنع كونها رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها ، لكنها مخالفة لظاهر المذهب ، والحكم فى السمن كالحكم فى الزبد ، وأما اللبن بالمخيض الذى فيه زبد فلا يجوز ، نص عليه أحمد ، فقال : اللبن بالمخيض لا خير فيه ، ويتخرج الجواز كالتى قبلها ، وأما اللبن باللبا ، فإن كان قبل أن تمسه النار جاز متماثلا ، لانه لبن بلبن ، وإن مسته النار لم يجوز ، وذكر القاضى وجها : أنه يجوز ، وليس بصحيح لان النار عقدت أجزاء أحدهما وذهبت يبعض رطوبته فلم يجوز بيعه بما لم تمسه النار ، كالخبز بالعجين والمقلية بالنية . وهذا مذهب الشافعى ، وأما بيع النوع من فروع اللبن بنوعه فما فيه خلط من غير اللبن كالكشك والكامخ ونحوهما لا يجوز بيعه بنوعه ولا بغيره لانه مختلط بغيره فهو كسألة مد عجوة وما ليس فيه غيره أو فيه غيره الا أن ذلك الغير لمصلحة فيجوز بيع كل نوع منه ببعضه يبعض اذا تساوى فى التشاقة والرطوبة ، فيبيع المخيض بالمخيض ، واللبا باللبا ، والجبن بالجبن ؛ والمصل بالمصل ، والاقط بالاقط ، والزبد بالزبد ، والسمن بالسمن متساويا ويعتبر التساوى بين الاقط بالاقط بالكيل لانه قدر بالصاع فى صدقة الفطر . وهو يشبه المكيلات وكذلك المصل والمخيض ويباع الخبز بالخبز بالوزن لانه موزون ولا يمكن كيله فأشبه الخبز^(١) وكذلك الزبد والسمن ، ويتخرج أن يباع السمن بالكيل ، ولا يباع ناشف من ذلك رطب كما لا يباع الرطب بالنزع ويحتمل كلام الحرقى أن لا يباع رطب من ذلك رطب كاللحم ، وأما بيع ما نزع من اللبن بنوع آخر كالزبد والسمن والمخيض ، فظاهر المذهب : أنه يجوز بيع الزبد والسمن بالمخيض متماثلا ومتفاضلا لانها جنسان ، وذلك لانها شيئان من أصل

واحد أشبه اللحم بالشحم ، ومن أجاز بيع الزبد بالمخيض : الثوري والشافعي وإسحاق ولأن اللبن الذي في الزبد غير مقصود ، وهو يسير فأشبهه الملح في الشيرج وبيع السمن بالمخيض أولى بالجواز لخلو السمن من المخيض ولا يجوز بيع الزبد بالسمن ، لأن في الزبد لبناً يسيراً ولا شيء في السمن ، فيختل التماثل ولأنه مستخرج من الزبد فلم يجز بيعه به كالزيتون بالزيت ، وهذا مذهب الشافعي : وقال القاضي عندي يجوز لأن اللبن في الزبد غير مقصود فوجوده كعدمه ، ولذلك جاز بيعه بالمخيض وبزبد مثله ، وهذا لا يصح لأن التماثل واجب بينهما ، وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتماثل فلم يجز بيعه به ، كتمر منزوع النوى يتمر فيه نواه ، ولأن أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد في الآخر ، فأشبهه الرطب بالتمر والعنب بالزبيب ، وكل رطب يباس من جنسه ، ولا يجوز بيع شيء من الزبد والسمن والمخيض بشيء من أنواع اللبن كالجبين واللبن ونحوهما ، لأن هذه الأنواع لم ينتزع منها شيء فيكون حكمها حكم اللبن الذي فيه زبد ، فلم يجز بيعها بها كبيع اللبن بها وأما بيع الجبن بالقط فلا يجوز مع رطوبتها أو رطوبة أحدهما ، كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر ، وإن كانا يابسين احتمل أن لا يجوز أيضاً ، لأن الجبن موزون والقط مكيل فلم يجز بيع أحدهما بالآخر ، كالخبز بالدقيق ، ويحتمل الجواز إذا تماثلا ، كبيع الخبز بالخبز .

« مسألة ، قال (ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان) »

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه ، وهو مذهب مالك والشافعي وقول فقهاء المدينة السبعة . وحكى عن مالك أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان معد اللحم ويجوز بغيره . وقال أبو حنيفة يجوز مطلقاً ، لأنه باع مال الربا بمال ربا فيه ، أشبه بيع اللحم بالدرهم أو بلحم من غير جنسه

ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع اللحم بالحيوان » رواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن عبد البر : هذا أحسن أسانيد . وروى عن النبي (ص) أنه نهى أن يباع حتى يميت ، ذكره الامام أحمد : وروى عن ابن عباس أن جزوراً نحررت ، فجاء

رجل بعناق فقال : أعطوني جزءاً بهذا العناق ، فقال أبو بكر : لا يصلح هذا ، قال الشافعي لا أعلم مخالفاً لأبي بكر في ذلك . وقال أبو الزناد : وكل من أدركت ينهى عن بيع اللحم بالحيوان ، ولأن اللحم نوع فيه الربا يبيع بأصله الذي فيه منه ، فلم يجوز كبيع السمسم بالشيرج . وبهذا فارق ما قاسوا عليه . وأما بيع اللحم بحيوان من غير جنسه فظاهر كلام أحمد والحرق أنه لا يجوز ، فإن أحد سئل عن بيع الشاة باللحم فقال لا يصح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي بميت ، واختار القاضي جوازه ، وللشافعي فيه قولان . واحتج من منعه بعموم الأخبار وبأن اللحم كله جنس واحد . ومن أجازته قال : مال الربا يبيع بغير أصله ولا جنسه فجاز كما لو باعه بالأنمان ، وإن باعه بحيوان غير ما كوله اللحم جاز في ظاهر قول أصحابنا . وهو قول عامة الفقهاء .

(فصل) ولا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذي فيه منه ، كالسمسم بالشيرج والزيتون بالزيت وسائر الأدهان بأصولها والعصير بأصله ، كعصير العنب والرمان والتفاح والسفرجل وقصب السكر ، لا يباع شيء منها بأصله . وبه قال الشافعي وابن المنذر . وقال أبو ثور يجوز لأن الأصل مختلف والمعنى مختلف . وقال أبو حنيفة يجوز إذا علم يقيناً أن ما في الأصل من الدهن والعصير أقل من المنفرد ، وإن لم يعلم لم يجوز . ولنا أنه مال ربا يبيع بأصله الذي فيه منه فلم يجوز كبيع اللحم بالحيوان ، وقد أثبتنا ذلك بالنص .

(فصل) فأما بيع شيء من هذه المعصرات بجنسه فيجوز متماثلاً ، ويجوز بيعه بغير جنسه متفاضلاً وكيف شاء لانهما جنسان ، ويعتبر التساوي فيهما بالكيل لأنه يقدر به ويباع به عادة ، وهذا مذهب الشافعي ، وسواء كانوا مطبوخين أو نثين . وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه ، لأن النار تعقد أجزأهما فيختلف ويؤدي إلى التفاضل .

ولنا أنهما متساويان في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص ، فأشبهه النبي بالنبي ، فأما بيع النبي بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز لأن أحدهما ينفرد بالنقص في ثاني الحال فلم يجوز بيعه به كالرطب بالتمر . وإن باع عصير شيء من

ذلك بثقله ، فإن كانت فيه بقية من المستخرج منه لم يجز بيعه به ، فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب ولا الزيت بثقله الذى فيه بقية من الزيت ، الا على الرواية التى يجوز فيها مسألة مد عجوة ، فإن لم يبق فيه شيء من عصيره جاز بيعه به متفاضلا ومتماثلا لأنهما جنسان

(فصل) وإن باع شيئا فيه الربا بعضه ببعض ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه كد ودرهم بد ودرهم أو بدين أو بدرهمين ، أو باع شيئا محلى بجنس حليته فهذه المسألة تسمى «مسألة مد عجوة» والمذهب أنه لا يجوز ذلك . نص على ذلك أحمد فى مواضع كثيرة وذكره قدماء الاصحاب . قال ابن أبى موسى فى السيف المحلى والمنطقة والمراكب المحلاة بجنس ما عليها ، لا يجوز قولاً واحداً . وروى هذا عن سالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وشریح وابن سيرين ، وبه قال الشافعى وإسحاق وأبو ثور . وعن أحمد رواية أخرى تدل على أنه يجوز ، بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذى معه غيره ، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه ، فإن منها نقل عن أحمد فى بيع الزبد باللبن : يجوز اذا كان الزبد المفرد أكثر من الزبد الذى فى اللبن . وروى حرب قال : قلت لأحمد دفعت ديناراً كوفياً ودرهما وأخذت ديناراً شامياً وزنهما سواء ، لكن الكوفى أوضع ؟ قال لا يجوز الا ان ينقص الدينار فيعطيه بحسب ما به فضة . وكذلك روى عنه محمد بن أبى حرب الجرجاني . وروى الميمونى أنه سأل : لا يشتري السيف والمنطقة حتى يفصلها؟ فقال لا يشتريها حتى يفصلها الا أن هذا أهون من ذلك ، لأنه قد يشتري أحد النوعين بالآخر يفصله ، وفيه غير النوع الذى يشتري به ، فإذا كان من فضل الثمن الا أن من ذهب الى ظاهر القلادة لا يشتريه حتى يفصله . قيل له فما تقول أنت ؟ قال هذا موضع نظر ، وقال أبو داود : سمعت أحمد سئل عن الدراهم المسببة بعضها صفر وبعضها فضة بالدراهم ؟ قال لا أقول فيه شيئا ، قال أبو بكر : روى هذه المسألة عن أبى عبد الله خمسة عشر نفساً ، كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل الا الميمونى ، ونقل منها كلاماً آخر . وقال حماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة يجوز هذا كله اذا كان المفرد أكثر من الذى معه غيره ، أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه .

وقال الحسن : لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بالدرهم ، وبه قال الشعبي والنخعي ، واحتج من أجاز ذلك بأن العقد إذا أمكن حمله على الفسخ لم يحمل على الفساد ، لأنه لو اشترى لحما من قصاب جاز مع احتمال كونه ميتة ، ولكن وجب حمله على أنه مذكي تصحيحاً للعقد ، ولو اشترى من إنسان شيئاً جاز مع احتمال كونه غير ملكه ولا أذن له في بيعه ، تصحيحاً للعقد أيضاً ، وقد أمكن التصحيح ههنا بحمل الجنس في مقابلة غير الجنس ، أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد على المثل .

ولما روى فضالة بن عبيد قال : أتى النبي صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها ذهب وخزق ابتاعها رجل تسعة دنانير أو سبعة دنانير ، فقال النبي (ص) : لا ، حتى تميز بينهما . قال فردده حتى ميز بينهما ، ورواه أبو داود ، وفي لفظ رواه مسلم قال : فأمر رسول الله (ص) بالذهب الذي في القلادة فزرع وحده ثم قال لهم رسول الله (ص) : الذهب بالذهب وزنا بوزن . ولأن العقد إذا جمع عوضين مختلفي الجنس وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر على قدر قيمة الآخر في نفسه ، فإذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذ من العوض .

بيانه : أنه إذا اشترى عشرين قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة والآخر ثلثها ، فلو رد أحدهما بعيب رده بقسطه من الثمن ولذلك إذا اشترى شقصا وسيفا بثمن أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن فإذا فعلنا هذا فيمن باع درهما ومدأ قيمته درهمان بمدين قيمتهما ثلاثة حصل الدرهم في مقابلة ثلثي مد ، والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلث ؛ فهذا إذا تفاوتت القيم ، ومع التساوى يحل ذلك ، لأن التقويم ظن وتخمين والجلل بالتساوى كالمعلم بعده في باب الربا ولذلك لم يحز بيع ضبرة بصبرة بالظن والحرص ، وقولهم : يجب تصحيح العقد ، ليس كذلك ؛ بل يحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد ، ولذلك لو باع شمن وأطلق وفي البلاد نفود بطل ولم يحمل على نقد أقرب البلاد إليه ، أما إذا اشترى من إنسان شيئاً فإنه يصح ، لأن الظاهر أنه ملكه لأن اليد دليل الملك ، وإذا باع لحما فالظاهر أنه مذكي ، لأن المسلم في الظاهر لا يبيع الميتة .

(فصل) فأما إن باع نوعين مختلفي القيمة من جنس بنوع واحد من ذلك الجنس، كدينار مغربي ودينار سابوري بدينارين مغربيين، أو دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين، أو قراضتين، أو حنطة حمرًا وسمراء بيضاء، أو تمرًا برنيا ومعلقيا بإبراهيمي، فإنه يصح، قال أبو بكر وأوما إليه أحمد واختار القاضي أبو يعلى أن الحكم فيها كالتي قبلها، وهو مذهب مالك والشافعي، لأن العقد يقتضي انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه في قيمته كما ذكرنا، وروى عن أحمد منع ذلك في النقد وتجويزه في الثمن، نقله أحمد بن القاسم، لأن الأنواع في غير الأثمان يكثر اختلاطها ويشق تمييزها فعنى عنها بخلاف الأثمان :

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بمثل والفضة بالفضة مثلاً بمثل، والحديث وهذا يدل على إباحة البيع عند وجود المائثلة المراعيه، وهي المائثلة في الموزون وزنا وفي المكيال كيلا، ولأن الجودة ساقطة في باب الربويات فيما قوبل بجنسه فيما لو اتحد النوع في كل واحد من الطرفين، فكذلك إذا اختلفا واختلاف القيمة يندبى على الجودة والردامة، ولأنه باع ذهبا بذهب متساويا في الوزن فصح كما لو اتفق النوع، وإنما يقسم العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل ما لو باع نوعا بنوع يشتمل على جيد ودرى .

(فصل) وإن باع ما فيه الربا بغير جنسه ومعه من جنس ما يبيع به إلا أنه غير مقصود، كدار بموه سقفا بالذهب جاز، لا أعلم فيه خلافا، وكذلك لو باع دار بدار بموه سقف كل واحدة منهما بذهب أو فضة جاز، لأن ما فيه الربا غير مقصود بالبيع، فوجوده كعدمه، وكذلك لو اشترى عبداً له مال فاشترط ماله، وهو من جنس الثمن جاز إذا كان المال غير مقصود ولو اشترى عبداً بعبداً واشترط كل واحد منهما مال العبد الذي اشتراه جاز إذا لم يكن ماله مقصوداً، لأنه غير مقصود بالبيع فأشبه التمويه في السقف، ولذلك لا تشترط رؤيته في صحة البيع ولا لزومه، وإن باع شاة ذات لبن بلبن أو عليها صوف بصوف، أو باع لبونا بلبون، وذات صوف بمثلها، ففيه وجهان :

أحدهما : الجواز، اختاره ابن حامد، وهو قول أبي حنيفة، وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة، لأن ما فيه الربا غير مقصود فلم يمنع، كالدار المموه سقفا

والثاني . المنع . وهو مذهب الشافعي ، لأنه باع مال الربا بأصله الذي فيه منه أشبه الحيوان باللحم : والفرق بينهما : أن اللحم في الحيوان مقصود بخلاف اللبن ولو كانت الشاة مخلوبة اللبن جاز بيعها بمثلها وبالبطن وجهاً واحداً ، لأن اللبن لا أثر له ولا يقابله شيء من الثمن ، فأشبهه المملح في الشيرج والحبز والجبن وحبات الشعير في الحنطة ، ولأنه لم فيه أيضاً خلافاً : وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكل حال .

ولو باع نخلة عليها تمر بتمر أو بنخلة عليها تمر ، ففيه أيضاً وجهان : أحدهما : الجواز . اختاره أبو بكر لأن التمر غير مقصود بالبيع . والثاني : لا يجوز ، ووجه الوجهين : ما ذكرناه في المسألة قبلها ، واختار القاضي أنه لا يجوز ؛ وفرق بينها وبين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصح إفرادها بالبيع وهي معلومة ، بخلاف اللبن في الشاة ، وهذا الفرق غير مؤثر ، فإن ما يمنع إذا جاز إفراده يمنع ، وإن لم يجز إفراده كالسيف المحلى يباع بجنس حليته وما لا يمنع لا يمنع ، وإن جاز إفراده كمال العبد .

(فصل) وإن باع جنساً فيه الربا بجنسه ومع كل واحد من غير جنسه غير مقصود ، فذلك ينقسم أقساماً :

أحدها : أن يكون غير المقصود يسيراً ؛ لا يؤثر في كيل ولا وزن ، كالمملح فيما يعمل فيه وحبات الشعير في الحنطة ، فلا يمنع ، لأنه يسير لا يخل بالتأمل ، وكذلك لو وجد في أحدهما دون الآخر لم يمنع لذلك ولو باع ذلك بجنس غير المقصود الذي معه ، مثل أن يبيع الحبز بالمملح جاز ، لأن وجود ذلك كعدمه .

الثاني : أن يكون غير المقصود كثيراً إلا أنه لمصلحة المقصود ، كالماء في خل التمر والزبيب ودبس التمر ، فهذا يجوز بيع الشيء منه بمثله ، وتنزل خلطه منزلة رطوبته لكونه من مصلحته فلا يمنع من بيعه بما يماثله ، كالرطب بالرطب ، ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط كبيع خل العنب بخل الزبيب لإفضائه إلى التفاضل فجري مجرى بيع التمر بالرطب ، ومنع الشافعي ذلك كله إلا بيع الشيرج بالشيرج لكون الماء لا يظهر في الشيرج .

الثالث : أن يكون غير مقصود كثيراً وليس من مصلحته ، كاللبن المشوب بالماء والأثمان المغشوشة بنيرها ، فلا يجوز بيع بعضها ببعض ، لأن خلطه ليس من مصلحته ، وهو يخل بالتأمل المقصود فيه ، وإن باعه بجنس غير المقصود ، كبيع الدينار المغشوش بالفضة بالدراهم ، احتمل الجواز ؛ لأنه يبيعه بجنس غير مقصود فيه ، فأشبهه ببيع اللبن بشاة فيها لبن ، ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر في الأصل ، وإن باع ديناراً مغشوشاً بثله والغش فيها متفاوت أو غير معلوم المقدار لم يجر ، لأنه يخل بالتأمل المقصود ، وإن علم التساوي في الذهب والغش الذي فيهما خرج على الوجهين ، أولاها : الجواز ، لأنها تماثلا في المقصود وفي غيره ، ولا يفضى إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة ، لكون الغش غير مقصود ، فكأنه لا قيمة له .

(فصل) ولو دفع إليه درهما ، فقال : أعطني بنصف هذا الدرهم نصف درهم وينصفه فلوسا أو حاجة أخرى جاز ، لأنه اشترى نصفاً بنصف وهما متساويان فصح كما لو دفع إليه درهمن وقال : يعني بهذا الدرهم فلوسا وأعطني بالآخر نصفين وإن قال : أعطني بهذا الدرهم نصفاً وفلوسا جاز أيضاً ، لأن معناه ذلك ولأن ذلك لا يفضى إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة فإن قيمة النصف الذي في الدرهم كقيمة النصف الذي مع الفلوس يقينا ، وقيمة الفلوس كقيمة النصف — الآخر سواء .

(فصل) وما كان مشتملا على جنسين بأصل الخلقة ، كاتمر الذي اشتمل على النوى وما عليه ، والحيوان المشتمل على اللحم وشحم وغيره وأشباه ذلك ، فهذا إذا قبل بثله جاز بيعه به ، ولا نظر إلى ما فيه ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم « أجاز بيع التمر بالتمر والحيوان بالحيوان » وقد علم اشتغالهما على ما فيهما ، ولو باع ذلك بنوع غير مقصود فيه كبيع التمر الذي فيه النوى بالنوى ، ففيه عن أحد روايتان قد ذكرناهما فيما مضى ، فأما العسل قبل تصفيته ، فقال أصحابنا لا يجوز بيع بعضه ببعض لا شتاله على عسل وشمع وذلك يفعل النحل ، فأشبهه السيف المحلى .

(فصل) ويحرم الربا في دار الحرب كتحريره في دار الإسلام ، وبه قال مالك والأوزاعي وأبو يوسف والشافعي وإسحاق ، وقال أبو حنيفة : لا يجرى الربا بين مسلم وحربي في دار الحرب ، وعنه في مسلمين أسلما في دار الحرب : لا ربا

بينهما ، لما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب في دار الحرب ^(١) ، ولأن أموالهم مباحة : وإنما حظرها الأمان في دار الإسلام ، فلم يكن كذلك كان مباحاً .

ولنا قول الله تعالى (وحرم الربا) وقوله (٢ : ٢٧٥) الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس) وقال تعالى (٢ : ٢٧٨) يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا) وعموم الأخبار يقتضي تحريم التفاضل وقوله « من زاد أو ازداد فقد أربى » عام ، وكذلك سائر الأحاديث ولأن ما كان محرماً في دار الإسلام كان محرماً في دار الحرب ، كالربا بين المسلمين وخبرهم مرسل لا تعرف صحته ، ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك : ولا يجوز ترك ماورد بتحريم القرآن وتظاهرت به السنة ، وانعقد الإجماع على تحريمه بخبر مجهول لم يرد في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به ، وهو مع ذلك مرسل محتمل ، ويحتمل أن المراد بقوله « لا ربا » النهي عن الربا ^(٢) كقوله (٢ : ١٩٧) فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج) وما ذكره من الإباحة منتقض بالحرق إذا دخل دار الإسلام ، فإن ماله مباح إلا فيما حظره الأمان ، ويمكن حمله بين المسلمين على هبة التفاضل ، وهو محرم بالإجماع ، فكذا ههنا .

« مسألة » قال (وإذا اشترى ذهباً بورق عيناً بعين ، فوجد أحدهما فيما اشتراه عيباً فله الخيار بين أن يرد أو يقبل إذا كان بصرف يومه ، وكان العيب يدخل عليه من غير جنسه)

معنى قوله « عيناً بعين » هو أن يقول : بعتك هذا الدينار بهذه الدراهم ، ويشير إليهما وهما حاضران ، وبغير عينه : أن يوقع العقد على موصوف غير مشار إليه فيقول : بعتك ديناراً مصرياً بعشرة دراهم ناصرية ، وإن وقع القبض في المجلس وقد يكون أحد المعوضين معيناً دون الآخر ، وكل ذلك جائز ، والمشهور في المذهب أن التقود تتعين بالتعيين في العقود ، فيثبت الملك في أعيانها ، فعلى هذا إذا تبايعا ذهباً بفضة مع التعيين فيهما ثم تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيباً لم يخل من قسمين

(١) الحديث مرسل غريب . (٢) ممنوع لذكر خبر دلاله في الحديث .

أحدهما : أن يكون العيب غشا من غير جنس المبيع ، مثل أن يجد الدواحم رصاصا أو نحاسا ، أو فيه شيء من ذلك ، أو الدينار مسا ، فالصرف باطل نص عليه أحمد ، وهو قول الشافعي ، وذكر أبو بكر فيها ثلاث روايات ، إحداهن : البيع باطل ، والثانية : البيع صحيح ، لأن البيع وقع على عينه وللمشتري الخيار بين الامساك أو الرد وأخذ البذل ، والثالثة . يلزمه العقد وليس له رده ولا بدله .

ولنا أنه باعه غير ما سمي له فلم يصح ، كما لو قال : بعثك هذه البغلة فإذا هو حمار ، أو هذا الثوب القز فوجده كتانا ، وأما القول بأنه يلزمه المبيع فغير صحيح فإن اشترى معييا لم يعلم عيبه فلم يلزمه ذلك بغير أرش كسائر المبيعات ، ثم إن أبا بكر يقول فيمن داس العيب : لا يصح بيعه مغ وجود ذات المسمى في البيع ؛ فهنا مع اختلاف الذات أولى . القسم الثاني : أن يكون العيب من جنسه ، مثل كون الفضة سوداء أو خشنة تنفطر عند الضرب ، أو سكتها مخالفة لسكة السلطان فالعقد صحيح ؛ والمشتري مخير بين الامساك وبين فسخ العقد والرد ، وليس له البذل لأن العقد واقع على عينه فإذا أخذ غيره أخذ ما لم يشتره .

وان قلنا : ان النقد لا يتعين بالتعيين في العقد فله أخذ البذل ، ولا يبطل العقد لأن الذي قبضه ليس هو المعقود عليه ، فأشبه السلم إذا قبضه فوجد به عيبا وان كان العيب في بعضه فله رد الكل أو إمساكه ، وهل له رد المعيب وإمساك الصحيح ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة ، والحكم فيما إذا كان العوضان من جنس واحد كالحكم في الجنسين على ما ذكرنا ، لكن يتخرج على قول من منع بيع النوعين بنوع واحد من ذلك الجنس : أنه إذا وجد بعض العوض معييا أن يبطل العقد في الجميع ؛ لأن الذي يقابل المعيب أقل من الذي يقابل الصحيح فيصير كسألة مدعجوة . ومذهب الشافعي مثل ما ذكرنا في هذا الفصل سواء

فصل

ولو أراد أخذ أرش العيب والعوضان في الصرف من جنس واحد لم يحز لحصول الزيادة في أحد العوضين وفوات المماثلة المشترطة في الجنس الواحد ، وخرج القاضي وجها يجوز أخذ الارش في المجلس : لان الزيادة طرأت بعد العقد ، وليس لهذا الوجه وجه ، فإن أرش العيب من العوض يجبر به في المراجعة ، يأخذ به الشفيع

ويرد به إذا رد المبيع بفسخ أو إقالة ، ولو لم يكن من العوض فبأى شيء استحقه المشتري فإنه ليس بهبة ، على أن الزيادة في المجلس من العوض ، ولو لم يكن أرشاً فالأرش أولى ، وإن كان الصرف بغير جنسه فله أخذ الأرش في المجلس ، لأن المائلة غير معتبرة ، وتختلف قبض بعض العوض عن بعض ما دام في المجلس لا يضر ، فجاز كما في سائر البيع ، وإن كان بعد التفرق لم يجوز ، لأنه يفضى إلى حصول التفرق قبل القبض لأحد العوضين ، إلا أن يجعل الأرش من غير جنس الثمن ، كأنه أخذ أرش عيب الفضة قفيز حنطة فيجوز ؛ وكذلك الحكم في سائر أموال الربا فيما يبيع بجنسه أو بغير جنسه مما يشترط فيه القبض ، فإذا كان الأرش مما لا يشترط قبضه ، كمن باع قفيز حنطة بقفيز شعير فوجد في أحدهما عيباً فأخذ أرشه درهماً جاز ، وإن كان بعد التفرق ، لأنه لم يحصل التفرق قبل قبض ما شرط فيه القبض .

(فصل) قول الحرق : إذا كان بصرف يومه ، يعني الرد جائز ما لم ينقص قيمة ما أخذه من النقد عن قيمته يوم اصطرفا ؛ فإن نقصت قيمته كان أخذ عشرة بدینار فصارت أحد عشر بدینار ، فظاهر كلام أحمد والحرق أنه لا يملك الرد ، لأن المبيع تعيب في يده لنقص قيمته ، وإن كانت قيمته قد زادت مثل أن صارت تسعة بدینار لم يمنع الرد لأنه زيادة وليس بعيب ، والصحيح أن هذا لا يمنع الرد ، لأن تغير السعر ليس بعيب ، ولهذا لا يضمن في الغصب ولا يمنع من الرد بالعيب في القرض ولو كان عيباً ، فإن ظاهر المذهب أنه إذا تعيب المبيع عند المشتري ثم ظهر على عيب قديم ، فله رده ورد أرش العيب الحادث عنده وأخذ الثمن

(فصل)

وإن تلف العوض في الصرف بعد القبض ثم علم عيبه ففسخ العقد ورد الموجود وتبقى قيمة العيب في ذمة من تلف في يده فيرد مثلها أو عوضها إن اتفقا على ذلك ، سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه . ذكره ابن عقيل . وهو قول الشافعي . قال ابن عقيل : وقد روى عن أحمد جواز أخذ الأرش ، والأول أولى إلا أن يكونا في المجلس والعوضان من جنسين (فصل) إذا علم المصطرفان قدر العوضين جاز أن يتبايعا بغير وزن ، وكذلك

لو أخبر أحدهما الآخر بوزن مامغه فصدقه ، فإذا باع ديناراً بدينار كذلك وافترقا فوجد أحدهما ما قبضه ناقصاً بطل الصرف ، لأنهما تبايعا ذهباً بذهب متفاضلاً فإن وجد أحدهما فيما قبضه زيادة على الدينار نظرت في العقد ، فإن كان قال بعثك هذا الدينار بهذا فالعقد باطل ، لأنه باع ذهباً بذهب متفاضلاً ، وإن قال بعثك ديناراً بدينار ثم تقابضا كان الزائد في يد القاض مشاعاً مضموناً للمالك ، لأنه قبضه على أنه عوض ولم يفسد العقد ؛ لأنه إنما باع ديناراً بمثلته ، وإنما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه ، فإن أراد دفع عوض الزائد جاز ، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لأنه معاوضة مبتدأة ، وإن أراد أحدهما الفسخ فله ذلك لأن أخذ الزائد وجد المبيع مختلطاً بغيره معيباً بعيب الشركة ، ودافعه لا يلزمه أخذ عوضه ، إلا أن يكونا في المجلس فيرد الزائد ويدفع بدله ، ولو كان لرجل على رجل عشرة دنانير فوفاه عشرة عدداً فوجدها أحد عشر ، كان هذا الدينار الزائد في يد القاض مشاعاً مضموناً للمالك ، لأنه قبضه على أنه عوض عن ماله ، فكان مضموناً بهذا القبض وللمالك التصرف فيه كيف شاء

فصل

والدراهم والدنانير : تتعين بالتعيين في العقد ، بمعنى أنه يثبت الملك بالعقد فيما عيناه ويتعين عوضا فيه فلا يجوز إبداله ، وإن خرج مغبوباً بطل العقد ؛ وبهذا قال مالك والشافعي

وعن أحمد أنها لا تتعين بالعقد فيجوز إبدالها ولا يبطل العقد بخروجها مغبوبة وهذا مذهب أبي حنيفة ، لأنه يجوز إطلاقها في العقد فلا تتعين بالتعيين فيه كالمكيال والصنعة

ولنا أنه عوض في عقد فيتعين بالتعيين كسائر الأعيان ، ولأنه أحد العوضين فيتعين بالتعيين كالآخر . ويفارق ما ذكروه ، فإنه ليس بعوض وإنما يراد لتقدير العقود عليه وتعريف قدره ، ولا يثبت فيها الملك بحال بخلاف مسائلنا

مسألة ، قال () وإذا تبايعا ذلك بغير عينه فوجد أحدهما فيما اشتراه عيباً فله البدل إذا كان العيب ليس بدخيل عليه من غير جنسه ، كالوضوح في الذهب والفضة .

يعنى اصطرفا في الذمة نحو أن يقول : بعتك ديناراً مصرياً بعشرة دراهم ، فيقول الآخر : قبلت ، فيصح البيع ، سواء كانت الدراهم واندناثير عندهما أو لم يكونا إذا تقابضا قبل الاقتراق ، بأن يستقرضا أو غير ذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وحكى عن مالك : لا يجوز الصرف ، إلا أن تكون العينان حاضرتين وعنه . لا يجوز حتى تظهر إحدى العينين وتعين ، وعن زفر مثله ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تبيعوا غائباً منها بناجز ، ولأنه إذا لم يعين أحد العوضين كان بيع دين بدين وهو غير جائز .

ولنا أنهما تقابضا في المجلس فصح ، كما لو كانا حاضرين ، والحديث يراد به أن لا يساع عاجل بأجل ، أو مقبوض بغير مقبوض ، بدليل ما لو عين أحدهما فإنه يصح ، وإن كان الآخر غائباً والقبض في المجلس يجري مجرى القبض حالة العقد ، ألا ترى إلى قوله : عينا بعين بدأ بيد ، والقبض يجري في المجلس كذا التعيين فإذا ثبت هذا : فلا بد من تعيينهما بالتقابض في المجلس ، وحتى تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عينا قبل التفرق فله المطالبة بالبدل : سواء كان العيب من جنسه أو من غير جنسه لأن العقد وقع على مطلق لا عيب فيه فله المطالبة بما وقع عليه العقد كالمسلم فيه ، وإن رضيه بعيبه والعيب من جنسه جاز ، كما لو رضى بالمسلم فيه معيباً ، وإن اختار أخذ الأرض فإن كان العوضان من جنس واحد لم يجز لإفضائه إلى التفاضل فيما يشترط فيه التماثل ، وإن كانا من جنسين جاز ، فأما إن تقابضا واقتزأ ثم وجد العيب من جنسه ، فله إبداله في إحدى الروايتين ، اختارها الخلال والخرقي ، وروى ذلك عن الحسن وقتادة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وهو أحد قولي الشافعي ، لأن ما جاز إبداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه .

والرواية الثانية : ليس له ذلك ، وهو قول أبي بكر ومذهب أبي حنيفة ، والقول الثاني للشافعي ، لأنه يقبضه بعد التفرق ، ولا يجوز ذلك في الصرف ، ومن صار إلى الرواية الأولى قال : قبض الأول صح به العقد ، وقبض الثاني يدل على الأول ، ويشترط أن يأخذ البدل في مجلس الرد ، فإن تفرقا في غير قبض بطل العقد ، وإن وجد البعض رديثاً فردّه ، فعلى الرواية الأولى : له البدل ، وعلى الثانية يبطل في المردود ، وهل يصح فيما لم يرد ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة

ولا فرق بين كون المبيع من جنس أو من جنسين : وقال مالك : ان وجد درهما زيفا فرضى به جاز ، وان رده انتقض الصرف في دينار ، وان رد أحد عشر درهما انتقض الصرف في دينارين ، وكلما زاد على دينار انتقض الصرف في دينار آخر . ولنا أن مالا عيب فيه لم يرد فلم ينتقض الصرف فيما يقابله كسائر العوض ، وان اختار واجد العيب الفسخ ، فعلى قولنا له البدل : ليس له الفسخ إذا أبدل له لانه يمكنه أخذ حقه غير معيب ، وعلى الرواية الاخرى : له الفسخ أو الإمساك في الجميع ، لانه تعذر عليه الوصول الى ما عقد عليه مع إبقاء العقد ، فإن اختار أخذ أرش العيب بعد التفرق لم يكن له ذلك ، لانه عوض يقبضه بعد التفرق عن الصرف الا على الرواية الاخرى .

(فصل) ومن شرط المصارفة في الذمة : أن يكون العوضان معلومين . إما بصفة يتميزان بها ، وإما أن يكون البلد فقد معلوم أو غالب ، فينصرف الاطلاق إليه ، ولو قال بعتك دينارا مصريا بعشرين درهما من نقد عشرة بدينار لم يصح الا أن لا يكون في البلد نقد عشرة بدينار الا نوع واحد ، فتصرف تلك الصفة إليه ، وكذلك الحكم في البيع .

(فصل)

إذا كان لرجل في ذمة رجل ذهب ، وللآخر عليه دراهم ، فاصطرا بما في ذمتهما ، لم يصح ، وبهذا قال الليث والشافعي ، وحكى ابن عبد البر عن مالك وأبي حنيفة جوازه ، لأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة ، ولذلك جاز أن يشتري الدراهم بدنانير من غير تعيين .

ولنا أنه بيع دين بدين ولا يجوز ذلك بالاجماع ، وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز ، وقال أحمد : انما هو إجماع ، وقد روى أبو عبيد في الغريب « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ » ، وفسره بالدين بالدين ، الا أن الاثرم روى عن أحمد : أنه سئل أيصح في هذا حديث ؟ قال : لا . وانما صح الصرف بتعيين ، بشرط أن يتقابضا في المجلس ، فجرى القبض والتعيين في المجلس مجرى وجوده حالة العقد ، ولو كان لرجل على رجل دنائير فقصاه دراهم شيئا بعد شيء ، نظرت ، فإن كان يعطيه كل

درهم بحسبه من الدينار صرح ، نص عليه أحد ، وإن لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد ذلك فصارفه بها وقت المحاسبة لم يجز نص عليه أيضا لان الدنانير دين والدراهم صارت دينا فيصير بيع دين بدين وإن قبض أحدهما من الآخر ماله عليه ثم صارفه بعين وذمة صرح ، وإذا أعطاه الدراهم شيئا بعد شيء ولم يقضه ذلك وقت دفعها اليه ثم أحضرها وقوماها ، فإنه يحتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها اليه لأنه قبل ذلك لم تصرف في ملكه إنما هي وديعة في يده ، فإن تلفت أو نقصت فهي من ضمان مالكها ، ويحتمل أن تكون من ضمان القابض لها إذا قبضها بنية الاستيفاء ، لأنها مقبوضة على أنها عرض ووفاء ، والمقبوض في عقد فاسد كالمقبوض في العقد الصحيح فيما يرجع إلى الضمان وعدمه ، ولو كان لرجل عند صير في دنانير فأخذ منه دراهم أدرأرا لتسكون هذه بهذه لم يكن كذلك ، بل كل واحد منهما في ذمة من قبضه ، فإذا أرادا التصارف أحضرا أحدهما واصطرفا بعين وذمة .

(فصل) ويجوز اقتضاء أحد النقيدين من الآخر ويكون صرفا بعين وذمة ، في قول أكثر أهل العلم ، ومنع منه ابن عباس وأبو سلة بن عبد الرحمن وابن شبرمة وروى ذلك عن ابن مسعود لأن القبض شرط وقد تخلف .

ولنا ما روى أبو داود والاثرم في سننها عن ابن عمر قال « كنت أبيع الإبل بالبقيع ، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم في بنت حفصة فقلت : يا رسول الله رويدك أسألك ، أتى أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم ، وأبيع الدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء » .

قال أحمد : إنما يقضيه إياها بالسعر لم يختلفوا أنه يقضيه إياها بالسعر إلا ما قال أصحاب الرأي : أنه يقضيه مكانها ذهباً على التراضي لأنه يبيع في الحال فجاز ما تراضيا عليه إذا اختلف الجنس ، كما لو كان العوض عرضاً ، ووجه الاول : قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها » .

وروى عن ابن عمر « أن بكر بن عبد الله المزني ومسروق العجلي سألاه عن كرى

لها له عليها دراهم وليس معها إلا دنانير ؟ فقال ابن عمر : أعطوه بسعر السوق ،
ولأن هذا جرى مجرى القضاء فيقيد بالمثل كالو قضاة من الجنس ، والتأمل ههنا
من حيث القيمة لتعذر التماثل من حيث الصورة ، قيل لأبي عبد الله : فإن أهل
السوق يتغابنون بينهم بالداق في الدينار وما أشبهه ؟ فقال : إذا كان مما يتغابن
الناس به فسهل فيه ما لم يكن حيلة ويزاد شيئا كثيرا :

(فصل) فإن كان المقضى الذى فى الذمة مؤجلا فقد توقف أحد فيه ، وقال
القاضى : يحتمل وجبين :

أحدهما : المنع وهو قول مالك ومشهور قول الشافعى لأن ما فى الذمة
لا يستحق قبضه فكان القبض ناجزا فى أحدهما والناجز يأخذ قسطا من الثمن .
والآخر : الجواز وهو قول أبى حنيفة لأنه ثابت فى الذمة بمنزلة المقبوض فكأنه
رضى بتعجيل المؤجل ، والصحيح الجواز إذا قضاة بسعر يومها ولم يجعل للبضى
فضلا لأجل تأجيل ما فى الذمة لأنه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئا فقد رضى بتعجيل
ما فى الذمة ، بغير عوض ، فأشبه ما لو قضاة من جنس الدين ولم يستفصل النبي
صلى الله عليه وسلم ابن عمر حين سأله : ولو افترق الحال لسأل واستفصل .

(فصل) قال أحمد : ولو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فدفعت إليه ديناراً
فقال : استوف حقا منه ، فاستوفاه بعد يومين ، جاز ولو كان عليه دنانير فوكل
غريمه فى بيع داره واستيفاء حقه من ثمنها فباعها بدراهم لم يحز أن يأخذ منها قدر
حقه لأنه لم يأذن له فى مصارفة نفسه ولأنه متهم ، ولو باع جارية بدنانير فأخذ بها
دراهم فردت الجارية بعيب أو إقالة لم يكن للبشترى إلا الدنانير لأنه الثمن الذى
وقع عليه العقد وإنما أخذ الدراهم بعقد صرف مستأنف ، نص أحمد على هذه المسائل .

(فصل) إذا كان عليه دين مؤجل ، فقال لغريمه : ضع عنى بعضه وأجعل لك
بقيته لم يحز ، كرمه زيد بن ثابت وابن عمر والمقداد وسعيد بن المسيب وسالم
والحسن وحماة والحكم والشافعى ومالك والثورى وهشيم وابن علية وإسحاق
وأبو حنيفة ، وقال المقداد لرجلين فعلا ذلك : كلا كما قد آذن بحرب من الله ورسوله
وروى عن ابن عباس : أنه لم يربه بأسا ، وروى ذلك عن النخعي وأبى ثور لأنه

أخذ بعض حقه تارك لبعضه فجاز كما لو كان الدين حالا ، وقال الحرقى : لا بأس أن يجعل المكاتب لسيدته ويضع عنه بعض كتابته ، ولنا : أنه يبيع الحلول فلم يجوز كما لو زاده الذى له الدين ، فقال له : أعطيك عشرة دراهم وتعجل لى المائة التى عليك ، فأما المكاتب فإن معاملته مع سيده وهو يبيع بعض ماله ببعض فدخلت المساعدة فيه ولأنه سبب العتق ، فسومح فيه بخلاف غيره .

« مسألة : قال () فإن كان العيب دخيلا عليه من غير جنسه ، كان الصرف فيه فاسداً »

يعنى اذا وجد أحدهما ما قبضه مغشوشا بغش من غير جنسه فينظر فيه ، فإن كان الصرف عينا بعين فهو فاسد لما أسلفناه ، وإن كان بغير عين وعلم ذلك فى المجلس فرده وأخذ بدله فالصرف صحيح ، لانه عين المعقود عليه وإن اقرقا قبل رده فالصرف فيه فاسد أيضا لانهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه ولم يقبض ما يصلح عوضا عن المعقود عليه ، وهذا ظاهر كلام الحرقى .

وقيل عن أحمد : انه اذا أخذ البدل فى مجلس الرد لم يطل كما لو كان العيب من جنسه ، وهذا فيما اذا لم يكن يشتري المعيب عالما بعيه ، فأما ان علم بعيه فاشتراه على ذلك والعيب من جنسه جاز ولا خيار له ولا بدل ، وإن كان من غير جنسه وكان الصرف ذهبا بذهب أو فضة بمثلها فالصرف فيه فاسد لانه يخل بالتأثيل الا أن يبيع ذهبا أو فضة مغشوشا بمثل غشه كبيعه ديناراً صوريا بمثله مع علمه بتساوى غشهما ، وقد ذكرنا أن الظاهر جوازه ؛ وإن باع مغشوشا بغير مغشوش لم يجوز الا أن يكون للغش قيمة فيخرج على مسألة مدعوجة ، وإن كان الصرف فى جنسين كذهب بفضة أنبنى على اتفاق المغشوشة .

(فصل وفى اتفاق المنشوش من النقود روايتان ؛

أظهرهما : الجواز نقل صالح عنه فى دراهم يقال لها المسيبية عامتها نحاس الا شيئا فيها فضة ؛ فقال : اذا كان شيئا اصطالحوا عليه مثل الفلوس اصطالحوا عليها فأرجو ألا يكون بها بأس .

والثانية : التحريم نقل حبل فى دراهم يخلط فيها مس ونحاس يشتري بها

وبيع فلا يجوز أن يبتاع بها أحد ، كل ما وقع عليه اسم الغش فالشراء به والبيع حرام ، وقال أصحاب الشافعي : إن كان الغش بما لا قيمة له جاز الشراء بها ، وإن كان بما له قيمة ففي جواز انفاقها وجهان ، واحتج من منع انفاق المغشوشة بقول النبي صلى الله عليه وسلم « من غشنا فليس منا » ، وبأن عمر رضي الله عنه نهى عن بيع نفاية بيت المال ، ولأن المقصود فيه مجبول أشبه تراب الصاغة ، والأولى أن يحمل كلام أحمد في الجواز على الخصوص فيما ظهر غشه واصطلح عليه فإن المعاملة به جائزة إذ ليس فيه أكثر من اشتباهه على جنسين لا غرر فيها فلا يمنع من بيعها كما لو كانتا متميزين ، ولأن هذا مستفيض في الأعصار جار بينهم من غير تكير وفي تحريره مشقة وضرب وليس شراؤه بها غشاً للمسلمين ولا تغريراً لهم والمقصود منها ظاهر مرئى معلوم بخلاف تراب الصاغة ، ورواية المنع محمولة على ما يخفى غشه ويقع اللبس به فإن ذلك يفضى إلى التغرير بالمسلمين .

وقد أشار أحمد إلى هذا في رجل اجتمعت عنده دراهم زيوف ما يصنع بها ؟ قال يسبكها ، قيل له فيبيعها بدنائير ؟ قال لا . قيل يبيعها بفلوس ؟ قال لا . قيل فبسلعة ؟ قال لا ، إني أخاف أن يغر بها مسلماً ، قيل لابي عبد الله أتصدق بها ؟ قال إني أخاف أن يغر بها مسلماً ، وقال ما ينبغي له لأنه يغر بها المسلمين ولا أقول إنه حرام لأنه على تأويل وذلك إنما كرهته لأنه يغر بها مسلماً ، فقد صرح بأنه إنما كرهه لما فيه من التغرير بالمسلمين وعلى هذا يحمل منع عمر نفاية بيت المال لما فيه من التغرير بالمسلمين فإن مشتريها ربما خلطها بدراهم جيدة واشترى بها من لا يعرف حالها ولو كانت بما اصطلاح على إلفاقه لم يكن نفاية .

فإن قيل فقد روى عن عمر أنه قال من زافت عليه دراهمه فليخرج بها إلى البقيع فليشترى بها سحق الثياب ، وهذا دليل على جواز انفاق المغشوشة التي لم يصطلح عليها .

قلنا قد قال أحمد معنى زافت عليه دراهمه أى نفيت ليس أنها زيوف فيتعين حمله على هذا جمعا بين الروایتين عنه ويحتمل أنه أراد ما ظهر غشه وبأن زيفه بحيث لا يخفى على أحد ولا يحصل بها تغرير وإن تعذر تأويلها تعارضت الروايتان عنه ويرجع إلى ما ذكرنا من المعنى ولا فرق بين ما كان غشه ذا بقاء وثبات كالرصاص

والنحاس وما لا ثبات له كالزرنخية والاندراية وهو زرنخ ونورة بطل على فضة فإذا دخل النار استهلك الغش وذهب .

« مسألة ، قال (ومضى) انصرف المتصارفان قبل التقابض فلا بيع بينهما (

الصرف بيع الاثمان بعضها ببعض والقبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين اذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد ، والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء » وقوله عليه السلام « يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يبدأ يد » .

ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق ديناً ، ونهى أن يباع غائب منها بناجز ، كلها أحاديث صحاح ، ويجزى القبض في المجلس وإن طال ؛ ولو تماشيا مصطحبين الى منزل أحدهما أو الى الصراف فتقابضا عنده جاز ، وبهذا قال الشافعي .

وقال مالك : لا خير في ذلك لانهما افتارفا بمجلسهما ؛ ولنا أنهما لم يفترقا قبل التقابض فاشبه ما لو كانا في سفينة تسير بهما أو راكبين على دابة واحدة تمشي بهما ؛ وقد دل على ذلك حديث أبي هريرة الأسدي للذين مشيا اليه من جانب العسكر : وما أراهما افترقتما وإن تفرقا قبل التقابض بطل الصرف لغوات شرطه ؛ وإن قبض البعض ثم افترقا بطل فيما لم يقبض وفيما يقابله من العوض وهل يصح في المقبوض على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، ولو وكل أحدهما وكبلا في القبض فقبض الوكيل قبل تفرقهما جاز وقام قبض وكيله مقام قبضه ، سواء افتارق الوكيل المجلس قبل القبض أو لم يفارقه ، وإن افترقا قبل قبض الوكيل بطل لأن القبض في المجلس شرط وقد فات ، وإن تخارفا قبل القبض في المجلس لم يبطل العقد بذلك لأنهما لم يفترقا قبل القبض ، ويحتمل أن يبطل اذا قلنا بلزوم العقد ؛ وهو مذهب الشافعي لأن العقد لم يبق فيه خيار قبل القبض أشبه ما لو افترقا ، والصحيح الاول فإن الشرط التقابض في المجلس وقد وجد واشترط التقابض قبل اللزوم تحكم بغير دليل ثم يبطل بما اذا تخارفا

قبل الصرف ثم اصطرفا ، فإن الصرف يقع لازما صحيحا قبل القبض ثم يشترط القبض في المجلس .

(فصل) ولو صارف رجلا دينارا بعشرة دراهم وليس معه إلا خمسة دراهم لم يحز أن يتفرقا قبل قبض العشرة كلها ، فإن قبض الخمسة واقتربا بطل الصرف في نصف الدينار ، وهل يبطل فيما يقابل الخمسة المقبوضة ؟ على وجهين بناء على تفریق الصفقة ، وإن أرادا التخلص فسحا الصرف في النصف الذي ليس معه عوضه أو يفسخان العقد كله ، ثم يشتري منه نصف الدينار بخمسة ويدفعها إليه ، ثم يأخذ الدينار كله ؛ فيكون ما اشتراه منه له وما بقى أمانة في يده ثم يفترقان ، ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقي له من الدينار أو اشترى به منه شيئا أو جعله سلبا في شيء أو وهبه له جاز وكذلك إن وكله فيه .

ولو اشترى فضة بدينار ونصف ودفع إلى البائع دينارين وهل أنت وكيلي في نصف الدينار الزائد صح ، ولو صارفه عشرة دراهم بدينار فأعطاه أكثر من دينار ليزن له حقه في وقت آخر جاز فإن طال ويكون الزائد أمانة في يده لا شيء عليه في تلفه ، نص أحد على أكثر هذه المسائل ، فإن لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم فاشترى بها نصف دينار وقبض دينارا كاملا ودفع إليه الدراهم ثم اقترضها منه فاشترى بها النصف الباقي أو اشترى الدينار منه بعشرة ابتداء ودفع إليه الخمسة ، ثم اقترضها منه ودفعها إليه عوضا عن النصف الآخر على غير وجه الحيلة فلا بأس

(فصل) وإذا باع مدى تمر ردىء بدروهم ثم اشترى بالدروهم تمرأ جنيبا ، أو اشترى من رجل دينارا صحيحا بدراهم وتقابضاها ، ثم اشترى منه بالدراهم قرضا من غير مواطاة ولا حيلة فلا بأس به . وقال ابن أبي موسى لا يجوز إلا أن يمضى إلى غيره ليبتاع منه فلا يستقيم له فيجوز أن يرجع إلى البائع فيبتاع منه . وقال أحمد في رواية الأثرم : يبيحها من غيره أحب إلى ، قلت له قال : لم يعلم أنه يريد أن يبيعها منه ؟ فقال يبيعها من غيره فهو أطيب لنفسه وأحرى أن يستوفي الذهب منه ، فإنه إذا ردها إليه لعله أن لا يوفيه الذهب ولا يحكم الوزن ولا يستقصى

يقول هي رجع اليه ، قيل لأبي عبد الله فذهب ليشتري الدرهم بالذهب الذي أخذها منه من غيره (١) فلم يجدها فرجع اليه ؟ فقال اذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعيم ، فظاهر أن هذا على وجه الاستحباب لا الإيجاب ، ولعل أحمد إنما أراد اجتناب المواطأة على هذا ، ولهذا قال اذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعيم . وقال مالك : ان فعل ذلك مرة جاز وان فعله أكثر من مرة لم يجوز لأنه يضارع الربا .

ولنا ما روى أبو سعيد قال : جاء بلال الى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « من أين هذا ؟ » قال بلال : كان عندنا تمر ردي فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال له النبي (ص) « أوه عين الربا لا تفعل ، ولكن اذا أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به » وروى أيضا أبو سعيد وأبو هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خبير فجاءه بتمر جنب فقال : أكل تمر خبير هكذا ؟ قال لا ، والله انا لناخذ الصاخ من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة ، فقال رسول الله (ص) لا تفعل ، بع التمر بالدرهم ، ثم اشتر بالدرهم جنبا » متفق عليهما ، ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه ، ولو كان ذلك محرما لبينه له وعرفه إياه ، ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة ، فجاز كما لو باعه من غيره ؛ ولأن ما جاز من البياعات مرة جاز على الإطلاق كسائر البياعات ، فأما ان تواطأ على ذلك لم يجوز ، وكان حيلة محرمة ، وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة والشافعي : يجوز ما لم يكن مشروطا في العقد .

ولنا أنه اذا كان عن مواطأة كان حيلة ، والحيل محرمة على ما سذكره .

(فصل / والحيل كلها محرمة غير جائزة في شيء من الدين ، وهو أن يظهر عقداً مباحا يريد به محرما ؛ مخادعة وتوسلا الى فعل ما حرم الله ، واستباحة محظوراته ، أو إسقاط واجب أو دفع حق ونحو ذلك . قال أيوب السختياني « انهم ليخادعون الله كأنما يخادعون صبيا ؛ لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان

أسهل على ، فمن ذلك ما لو كان مع رجل عشرة صحاح ومع الآخر خمسة عشر مكسرة ، فاقترض كل واحد منهما ما مع صاحبه ثم تباريا توصلا إلى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلا ، أو باعه الصحاح بمثلها من المكسرة ، ثم وهبه الخمسة الزائدة ، أو اشترى منه بها أوقية صابون أو نحوها ما يأخذه بأقل من قيمته ، أو اشترى منه بعشرة إلا حبة من الصحيح مثلها من المكسرة ثم اشترى منه بالحبة الباقية ثوباً قيمته خمسة دنانير ، وهكذا لو أقرضه شيئاً أو باعه سلعة بأكثر من قيمتها ، أو اشترى منه سلعة بأقل من قيمتها توصلا إلى أخذ عوض عن القرض ، فكل ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيث محرم . وبهذا قال مالك

وقال أبو حنيفة والشافعي : ذلك كله وأشباهه جائز إذا لم يكن مشروطاً في العقد . وقال بعض أصحاب الشافعي : يكره أن يدخل في البيع على ذلك ، لأن كل ما لا يجوز شرطه في العقد يكره أن يدخل عليه

ولنا أن الله تعالى عذب أمة بحيلة احتالوها فسخنهم قردة وسماهم معتدين . وجعل ذلك نكالا وموعظة للمتقين ليتعظوا بهم ويمتنعوا من مثل أفعالهم . وقال بعض المفسرين في قوله تعالى (١٣٨ ، ٣ وموعظة للمتقين) أى لآمة محمد صلى الله عليه وسلم ، فروى أنهم كانوا ينصبون شباً كههم للحيتان يوم الجمعة ويتركونها إلى يوم الأحد ، ومنهم من كان يحفر حفائر ويجعل اليها مجارى فيفتحها يوم الجمعة ، فإذا جاء السمك يوم السبت جرى مع الماء في المجارى فيقع في الحفائر فيدعها إلى يوم الأحد ثم يأخذها ويقول : ما اصطدت يوم السبت ولا اعتديت فيه ، فهذه حيلة ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : من أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قار . ومن أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس بقمار . رواه أبو داود وغيره . فجعله قاراً مع إدخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنى القمار . وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه آخذاً أو مأخوذاً منه وإنما دخل صورة تحيلاً على إباحة المحرم ، وسائر الحيل مثل ذلك ، ولأن الله تعالى إنما حرم المحرمات لمفسدتها والضرر الحاصل منها ، ولا تزول مفسدتها مع إبقاء معناها بإظهارها صورة غير صورتها ، فوجب أن لا يزول التحريم ، كما لو سمي

الخمر بغير اسمها لم يبيح ذلك شربها ، وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليستحلن قوم من أمي الخمر يسمونها بغير اسمها »

ومن الخيل في غير الربا أنهم يتوصلون إلى بيع الشيء المنهي عنه أن يستأجر بياض أرض البستان بأمثال أجرته ، ثم يساقه على ثمر شجره بجزء من ألف جزء للبالك ، وتسعمائة وتسعة وتسعون للعامل ، ولا يأخذ منه المالك شيئاً ولا يريد ذلك وإنما قصد بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بما سماه أجره ، والعامل لا يقصد أيضاً سوى ذلك . وربما لا ينتفع بالأرض التي سمي الأجرة في مقابلتها ، ومتى لم يخرج الثمر أو أصابته جائحة جاء المستأجر يطلب الجائحة ويعتقد أنه إنما بذل ماله في مقابلة الثمرة لا غير ، ورب الأرض يعلم ذلك

(فصل) ولو اشترى شيئاً بمكسرة لم يحز أن يعطيه صحيحاً أقل منها . قال أحمد : هذا هو الربا المحض ؛ وذلك لأنه يأخذ عوض الفضة أقل منها فيحصل التفاضل بينهما ، ولو اشتراه بصحيح لم يحز أن يعطيه مكسرة أكثر منها كذلك ؛ فإن تفاسخا البيع ثم عقدا بالصحيح أو بالمكسرة جاز ، ولو اشترى ثوباً بنصف دينار لزمه نصف دينار شق ، فإن عاد واشترى شيئاً آخر بنصف آخر لزمه نصف شق أيضاً ، فإن وفاه ديناراً صحيحاً بطل العقد الثاني ، لأنه تضمن اشتراط زيادة ثمن العقد الأول ، وإن كان ذلك قبل لزوم العقد الأول بطل أيضاً ، لأنه وجد ما يفسده قبل انتمائه ، وإن كان بعد تفرقهما فلزومه لم يؤثر ذلك فيه ، ولا يلزمه أكثر من ثمنه الذي عقد البيع به . ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا

(فصل) إذا كان له عند رجل دينار وديعة فصارفه به ، وهو معلوم بقاؤه أو مظلون صح الصرف ، وإن ظن أنه غير موجود لم يصح الصرف ، لأن حكمه حكم المعدوم ، وإن شك فيه فقال ابن عقيل يصح . وهو قول بعض الشافعية . وقال القاضي لا يصح لأنه غير معلوم البقاء ، وهو منصوص الشافعي

ووجه الأول أن الأصل بقاؤه فصح البناء عليه عند الشك ، فإن الشك لا يزيل اليقين ، ولذلك صح بيع الحيوان الغائب المشكوك في حياته ، فإن تبين أنه كان تالفاً حين العقد تبين أن العقد وقع باطلاً .

(فصل) ولا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه ، لأنه مال

ربا يبيع بجنسه على وجه لا تعلم المائلة بينهما فلم يصح ، كبيع الصبرة بالصبرة ، وإن يبيع بغير جنسه ، فحكى ابن المنذر عن أحمد كراهة بيع تراب المعادن ، وهو قول عطاء والشافعي والشعبي والثوري والاوزاعي وإسحاق لأنه مجهول ، وقال ابن أبي موسى في الارشاد يجوز ذلك . وهو قول مالك . وروى ذلك عن الحسن والنخعي وربيعة والليث . قالوا فإن اختلط أو أشكل فليبعه بعرض ولا يبعه بعين ولا ورق ، لأنه باعه بمالا ربا فيه فجاز كما لو اشترى ثوباً بدينار ودرهم .

« مسألة ، قال () والعرايا التي أرخص فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم هو أن يوهب للإنسان من النخل ما ليس فيه خمسة أوسق ، فيبيعها بخرصها من التمر لمن يأكلها رطباً ()

في هذه المسألة فصول خمسة :

أولها في إباحة بيع العرايا في الجملة ، وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك وأهل المدينة والاوزاعي وأهل الشام والشافعي وإسحاق وابن المنذر . وقال أبو حنيفة لا يحل بيعها لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع المزبنة ، والمزابنة يبيع التمر بالتمر ، متفق عليه . ولأنه يبيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما فلم يجز ، كما لو كان على وجه الأرض أو فيما زاد على خمسة أوسق

ولنا ما روى أبو هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق ، متفق عليه . ورواه زيد بن ثابت وسهل بن أبي حشمة وغيرهما . وخرجه أئمة الحديث في كتبهم ، وحديثهم في سياقه « إلا العرايا ، كذلك في المتفق عليه . وهذه زيادة يجب الأخذ بها ، ولو قدر تعارض الحديثين وجب تقديم حديثنا لخصوصه ، جمعاً بين الحديثين وعملاً بكلام النصين . وقال ابن المنذر : الذي نهى عن المزبنة هو الذي أرخص في العرايا ، وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى ، والقياس لا يصر إليه مع النص ، مع أن في الحديث « أنه أرخص في العرايا » والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاضر ، فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال

الفصل الثاني : أنها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق بغير خلاف نعلمه ،
وتجوز فيما دون خمسة أوسق بغير خلاف بين القائلين بجوازها ، فأما في خمسة
أوسق فلا يجوز عند إمامنا رحمه الله ، وبه قال ابن المنذر والشافعي في أحد قوليه ،
وقال مالك والشافعي في قول : يجوز ، ورواه إسماعيل بن سعيد عن أحمد ، لأن في
حديث زيد وسهل « أنه رخص في العرية » مطلقا ، ثم استثنى « ما زاد على الخمسة »
في حديث أبي هريرة ، وشك في الخمسة فاستثنى البقيين ، وبقي المشكوك فيه
على مقتضى الإباحة .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن المزانة ، والمزانة بيع الرطب
بالتمر ، ثم أرخص في العرية فيما دون خمسة أوسق وشك في الخمسة ، فيبقى على
العموم في التحريم ، ولأن العرية رخصة بنيت على خلاف النص والقياس يقينا
فيما دون الخمسة ، والخمسة مشكوك فيها ، فلا تثبت إباحتها مع الشك ، وروى ابن المنذر
بإسناده « أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرية في الوسق والوسقين
والثلاثة والأربعة » ، والتخصيص بهذا يدل على أنه لا تجوز الزيادة في العدد عليه
كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه إياها بالذكر .

وروى مسلم عن سهل « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرية
النخلة والنخلتين » ، ولأن خمسة الأوسق في حكم ما زاد عليها بدليل وجوب الزكاة
فيها دون ما نقص عنها ، ولأنها قدر تجب الزكاة فيه فلم يجز بيعه عرية كالزائد عليها
فأما قولهم : أرخص في العرية مطلقا فلم يثبت أن الرخصة المطلقة سابقة على
الرخصة المقيدة ولا متأخرة عنها بل الرخصة واحدة ، رواها بعضهم مطلقة وبعضهم
مقيدة فيجب حمل المطلق على المقيد ، ويصير القيد المذكور في أحد الحديثين كأنه
مذكور في الآخر ، ولذلك يقيد فيما زاد على الخمسة اتفاقا .

(فصل)

ولا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة ، سواء
اشترها من واحد أو من جماعة ، وقال الشافعي : يجوز للإنسان بيع جميع ثمر حائطه
عرايا من رجل واحد ومن رجال في عقود متكررة لعموم حديث زيد وسهل ،
ولأن كل عقد جاز مرة جاز أن يتكرر كسائر البيوع .

ولنا عموم النهي عن المزابنة ، استثنى منه العرية فيما دون خمسة أوسق ، فما زاد يبقى على العموم في التحريم ، ولأن ما لا يجوز عليه العقد مرة إذا كان نوعا واحدا لا يجوز في عقدين ، كالذي على وجه الأرض ، وكالجمع بين الاختين ، فأما حديث سهل فإنه مقيد بالنخلة والنخلتين ، بدليل ما روينا ، فيدل على تحريم الزيادة عليهما ، ثم إن المطلق يحمل على المقيد كما في العقد الواحد ، فأما إن باع رجل عريتين من رجلين فيهما أكثر من خمسة أوسق جاز ، وقال أبو بكر والقاضي . لا يجوز لما ذكرنا في المشتري .

ولنا أن الغلب في التجويز حاجة المشتري بدليل ما روى محمود بن لبيد قال : قلت لزيد بن ثابت « ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتناون بهرطبا يأكلونه ، وعندهم فضول من الثمر ، فرخص لهم أن يتناوا العرايا بخرصها من الثمر الذي في أيديهم يأكلونه رطبا ، وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع إلى البيع فلا يتقيد في حقه بخمسة أوسق ولا تناو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع إلى البيع أفضى إلى أن لا يحصل الإرفاق ، إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة ، فان قلنا لا يجوز ذلك بطل العقد الثاني . وإن اشترى عريتين أو باعهما وفيهما أقل من خمسة أوسق جاز وجهها واحدا .

الفصل الثالث : أنه لا يشترط في بيع العرية أن تكون موهوبة لبائعها ، هذا ظاهر كلام أصحابنا ، وبه قال الشافعي ، وظاهر قول الخرق أنه شرط ، وقد روى الاثرم قال سمعت أحمد سئل عن تفسير العرايا ، فقال : العرايا أن يعرى الرجل الجار أو القرابة للحاجة أو المسكنة فلمعري أن يبيعها عن شاء ، وقال مالك : بيع العرايا المجاوز هو أن يعرى الرجل الرجل نخلات من حائطه ثم يكره صاحب الحائط دخول الرجل المعرى ، لانه ربما كان مع أهله في الحائط فيؤذيه دخول صاحبه عليه فيجوز أن يشتريها منه واحتجوا بأن العرية في اللغة هبة ثمرة النخيل عاما قال أبو عبيد ، الإعراء : أن يجعل الرجل للرجل ثمرة نخلة عامها ذلك ، قال الشاعر الانصارى يصف النخل :

ليست بسناه ولا رجية ولكن عرايا في السنين الجوامع

يقول : إنا نعرىها الناس ، فتعين صرف اللفظ إلى موضوعه لغة ، ومقتضاه في العرية ما لم يوجد ما يصرفه عن ذلك .

ولنا حديث زيد بن ثابت ، وهو حجة على مالك في تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب ، ولأنه لو كان لحاجة الواهب لما اختص بخمسة أوسق لعدم اختصاص الحاجة بها ، ولم يحز بيعها بالتمر ، لأن الظاهر من حال صاحب الحائط الذى له النخيل الكثير يعريه الناس : أنه لا يعجز عن أداء ثمن العرية ، وفيه حجة على من اشترط كونها موهوبة لبائعها ، لأن علة الرخصة حاجة المشتري إلى أكل الرطب ولا ثمن معه سوى التمر ، فحق وجد ذلك جاز البيع ، ولأن اشتراط كونها موهوبة مع اشتراط حاجة المشتري إلى أكلها رطباً ولا ثمن معه يفضي إلى سقوط الرخصة ، إذ لا يكاد يتفق ذلك ، ولأن ما جاز بيعه إذا كان موهوباً جاز وإن لم يكن موهوباً كسائر الأموال ، وما جاز بيعه لوأهبه جاز لغيره كسائر الأموال ، وإنما سمي عرية لتعريه عن غيره وإفراده بالبيع .

الفصل الرابع : أنه إنما يجوز بيعها بخرصها من التمر ، لا أقل منه ولا أكثر ويجب أن يكون التمر الذى يشتري به معلوماً بالكيل ، ولا يجوز جزافاً ، لا نعم في هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافاً لما روى زيد بن ثابت ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً ، متفق عليه ، ولمسلم ، أن تؤخذ بمثل خرصها تمرأً يأكلها أهلها رطباً ، ولأن الأصل اعتبار الكيل من الطرفين ، سقط في أحدهما للتغذر فيجب في الآخر بقضية الأصل ولأن ترك الكيل من الطرفين بكثر الغرر ، وفي تركه من أحدهما يقلل الغرر . ولا يلزم من صحته مع قلة الغرر صحته مع كثرتة ، ومعنى خرصها بمثلها من التمر . أن يطيف الحارص بالعرية فينظر : كم يحىء منها تمرأً ؟ فيشتريها المشتري بمثلها تمرأً ، وبهذا قال الشافعى ، ونقل حنبل عن أحمد أنه قال : يخرصها رطباً ويعطى تمرأً رخصة ، وهذا يحتمل الأول ، ويحتمل أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذى عليها لأنه يبيع اشترطت المماثلة فيه ، فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ، ولأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال ، وأن لا يباع الرطب بالتمر ، خولف الأصل في بيع الرطب بالتمر فيبقى فيما عداه على قضية الدليل ، وقال القاضى : الأول أصح لأنه يبنى على خرص الثمار

في العشر ، والصحيح ثم خرصه ثمراً ولأن المماثلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله ثمراً يفضى إلى فوات ذلك ، فأما إن اشتراها بخرصها رطباً لم يجز ، وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي ، والثاني : يجوز ، والثالث : لا يجوز مع اتفاق النوع ، ويجوز مع اختلافه ، ووجه جوازه : ما روى الجوزجاني عن أبي صالح عن الليث عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر عن زيد بن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه أرخص بعد ذلك في بيع العربية بالرطب ، أو التمر ، ولم يرخص في غير ذلك » ولأنه إذا جاز بيع الرطب بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثاني الحال ، فلأن يجوز مع عدم ذلك أولى .

ولنا ما روى مسلم بإسناده عن زيد بن ثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها ثمراً » وعن سهل بن أبي حشمة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر وقال : ذلك الربا تلك المزابنة » إلا أنه رخص في العربية النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها ثمراً يأكلونها رطباً ولأنه مبيع يجب فيه مثله ثمراً فلم يجز بيعه بمثله رطباً كالتمر الجاف ولأن من له رطب فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ما عنده ، وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري على ما أسلفناه ، وحديث ابن عمر شك في الرطب والتمر ، فلا يجوز العمل به مع الشك ، سيما وهذه الأحاديث تبينه وتزيل الشك .

فصل

ويشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس ، وهذا قول الشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفاً لأنه بيع تمر بتمر فاعتبر فيه شروطه ، إلا ما استثناه الشرع بما لا يمكن اعتباره في بيع العرايا والقبض في كل واحد منها على حصة ، ففي التمر ، اكتياله أو نقله ، وفي الثمرة : التخلية ، وليس من شروطه حضور التمر عند النخيل بل لو تباعا بعد معرفة التمر والثمرة ثم مضيا جميعاً إلى النخلة فسلما إلى مشتريهما ثم مضيا إلى التمر فتسلبه من مشتريهما ، أو تسلم التمر ثم مضيا إلى النخلة جميعاً فسلما إلى مشتريهما ، أو سلم النخلة ثم مضيا إلى التمر فتسلبه جاز ، لأن التفرق لا يحصل قبل القبض .

إذا ثبت هذا فإن بيع العربية يقع على وجهين .

أحدهما : أن يقول بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا وكذا من التمر ويصفه .
والثاني : أن يكيل من التمر بقدر خرصها ، ثم يقول : بعتك هذا بهذا ، أو
يقول : بعتك ثمرة هذه النخلة بهذا التمر ونحو هذا ، وإن باعه بمعين فقبضه بنقله
وأخذه ، وإن باعه بموصوف فقبضه باكتياله .

الفصل الخامس : أنه لا يجوز بيعها الاحتياج الى أكلها رطباً ، ولا يجوز
بيعها لغني ، وهذا أحد قولي الشافعي ، وأباحها في القول الآخر مطلقاً لكل أحد
لان كل بيع جاز للمحتاج جاز للغني كبساتر البياعات ، ولان حديث أبي هريرة
وسهل مطلقان .

ولنا حديث زيد بن ثابت حين سأله محمود بن لبيد « ما عراياكم هذه ؟ فسمى
رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن الرطب
يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه ، وعندهم فضول من التمر ، فرخص
لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطباً ، ومتى خولف الاصل
بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط ، ولان ما أبيح للحاجة لم يبح مع عدمها ،
كالزكاة للساكنين ، والترخص في السفر ، فعلى هذا : متى كان صاحبها غير محتاج
الى أكل الرطب ، أو كان محتاجاً ومعه من الثمن ما يشتري به العربية ، لم يجز له
شراؤها بالتمر ، وسواء باعها لواهبها تحزرا من دخول صاحب العربية حائلته
كذهب مالك ، أو لغيره فإنه لا يجوز ؛ وقال ابن عقيل ، يباح ، ويحتمله كلام
أحمد ، لان الحاجة وجدت من الجانبين لجاز كما لو كان المشتري محتاجاً الى أكلها .

ولنا حديث زيد الذي ذكرناه ، والرخصة لمعنى خاص لا تثبت مع عدمه ؛
ولان في حديث زيد وسهل « يأكلها أهلها رطباً » ولو جاز لتخليص المعري
لما شرط ذلك .

فيشترط أذاً في بيع العربية شروط خمسة : أن يكون فيما دون خمسة أوسق
ويبيعها بخرصها من التمر ، وقبض ثمنها قبل التفريق ، وحاجة المشتري الى أكل
الرطب ، وأن لا يكون معه ما يشتري به سوى التمر ، واشترط القاضي وأبو بكر
شرطاً سادساً ، وهو حاجة البائع الى البيع ؛ واشترط الحرق . كونها موهوبة لبائعها

واشترط أصحابنا لبقاء العقد : أن يأكلها أهلها رطباً ، فإن تركها حتى تصير تمرأ بطل العقد ، وسندكر ذلك إن شاء الله تعالى .

« مسألة ، قال ﴿ فإن تركه المشتري حتى يتمر بطل العقد ﴾

يعنى إن لم يأخذها المشتري رطباً بطل العقد ، خلافاً للشافعى فى قوله : لا يبطل وعن أحد : مثله ، لأن كل ثمرة جاز بيعها رطباً لا يبطل العقد إذا صارت تمرأ كغير العرية . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « يأكلها أهلها رطباً ، ولأن شراؤها إنما جاز للحاجة الى أكل الرطب ، فإذا أتمرت تبينا عدم الحاجة فيبطل العقد ، ثم لا فرق بين تركه لغناه عنها ، أو مع حاجته إليها أو تركها لغدر ، أو لغير عذر للخبر ، ولو أخذها رطباً فتركها عنده فأتمرت ، أو شمسها حتى صارت تمرأ جاز ، لأنه قد أخذها ، ونقل عن أحد رواية أخرى فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ثم تركها حتى بدا صلاحها ، لا يبطل البيع ، فيخرج ههنا مثله ، فإن أخذ بعضها رطباً وترك باقيها حتى أتمر ، فهل يبطل البيع فى الباقي ؟ على وجهين .

(فصل ولا يجوز بيع العرية فى غير النخيل ، وهو اختيار ابن حامد ، وقول الليث بن سعد إلا أن يكون مما ثمرته لا يجرى فيها الربا ، فيجوز بيع رطبها بياسها لعدم جريان الربا فيها ، ويحتمل أن يجوز فى العنب والرطب دون غيرهما ، وهو قول الشافعى ، لأن العنب كالرطب فى وجوب الزكاة فيهما ، وجواز خرصهما وتوسيقهما ، وكثرة تبييسهما ، واقتياتهما فى بعض البلدان ، والحاجة الى أكل رطبهما والتخصيص على الشيء يوجب ثبوت الحكم فى مثله ، ولا يجوز فى غيرهما لاختلافهما فى أكثر هذه المعانى ، فإنه لا يمكن خرصها لتفرقها فى الأغصان ، واستتارها بالأوراق ، ولا يفتات بياسها ، فلا يحتاج الى الشراء به ، وقال القاضى يجوز فى سائر الثمار ، وهو قول مالك والأوزاعى ، قياساً على ثمرة النخيل .

ولنا ما روى الترمذى « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة بالتمر بالتمر ، إلا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب ، وكل ثمرة بخرصها ، وهذا حديث حسن ، وهذا يدل على تخصيص العرية بالتمر ، وعن زيد بن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه رخص بعد ذلك فى بيع العرية

بالرطب أو بالتمر ، ولم يرخص في غير ذلك ، وعن ابن عمر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الزبابة ، والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا ، وبيع العنب بالزبيب كيلا ، وعن كل ثمر بخرصه ، ولأن الأصل يفتضي تحريم بيع العرية وإنما جازت في ثمرة النخيل رخصة : ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين : أحدهما : أن غيرها لا يساويها في كثرة الاقتيات بها وسهولة خرصها : وكون الرخصة في الأصل لاهل المدينة : وإنما كانت حاجتهم الى الرطب دون غيره الثاني : أن القياس لا يعمل به إذا خالف نصا ، وقياسهم يخالف نصوصا غير مخصوصة ، وإنما يجوز التخصيص بالقياس على المحل المخصوص ، ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب بالزبيب لم يدخله تخصيص فيقاس عليه ، وكذلك سائر الثمار ، والله أعلم .

باب بيع الأصول والثمار

« مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (ومن باع نخلا مؤبراً - وهو ما قد تشقق طلعه - فالثمرة للبائع متروكة في النخل الى الجراز ، الا أن يشترطها المبتاع) أصل الأبار عند أهل العلم : التلقيح ، قال ابن عبد البر : الا أنه لا يكون حتى يتشقق الطلع وتظهر الثمرة فعبر به عن ظهور الثمرة للزومه منه . والحكم متعلق بالظهور دون نفس التلقيح بغير اختلاف بين العلماء يقال : أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد ، فهي مؤبرة ومأبورة ، ومنه قول النبي (ص) « خير المال - سكة مأبورة ، والسكة : النخل المصفوف ، وأبرت النخلة أبرها أبراً ، وإباراً وأبرتها تأبيراً وتأبرت النخلة واتبرت : ومنه قول الشاعر :

* تأبرى يا خيرة الفسيل *

وفسر الخرق المؤبر : بما قد تشقق طلعه ، لتعلق الحكم بذلك ، دون نفس التأبير ، قال القاضي . وقد يتشقق الطلع بنفسه فيظهر ، وقد يشقه الصعاد فيظهر وأيهما كان فهو التأبير المراد ههنا . وفي هذه المسألة فصول ثلاثة :

(الأول) أن البيع متى وقع على نخل مثمر ولم يشترط الثمرة ، وكانت الثمرة

مؤبرة، فهي للبائع، وإن كانت غير مؤبرة فهي للمشتري، وبهذا قال مالك والليث والشافعي، وقال ابن أبي ليلى. هي للمشتري في الحالين، لأنها متصلة بالأصل اتصال خلقه، فكانت تابعة له كالأغصان.

وقال أبو حنيفة والأوزاعي: هي للبائع في الحالين، لأن هذا نماء له حد، فلم يتبع أصله في البيع، كالزريع في الأرض.

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع» متفق عليه، وهذا صريح في رد قول ابن أبي ليلى، وحجة على أبي حنيفة والأوزاعي بمفهومه، لأنه جعل التأبير حداً للملك البائع للثمرة، فيسكون ما قبله للمشتري، وإلا لم يكن حداً، ولا كان ذكر التأبير مفيداً؛ ولأنه نماء كامن لظهوره غاية، فكان تابعا لأصله قبل ظهوره وغير تابع له بعد ظهوره، كاللحم في الحيوان، فأما الأغصان فإنها تدخل في اسم النخل وليس لانفصالها غاية، والزرع ليس من نماء الأرض، وإنما هو مودع فيها.

(الفصل الثاني) أنه متى اشترطها أحد المتبايعين فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة، البائع فيه والمشتري سواء. وقال مالك: إن اشترطها المشتري بعد التأبير جاز، لأنه بمنزلة شرائها مع أصلها، وإن اشترطها البائع قبل التأبير لم يجز، لأن اشتراطها لها بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط تركها.

ولنا أنه استثنى بعض ما وقع عليه العقد وهو معلوم، فصح كإلوه باع حائطاً واستثنى نخلة بعينها، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم» ولأنه أحد المتبايعين فصح اشتراطه للثمرة كالمشتري، وقد ثبت الأصل بالاتفاق عليه، وبقوله عليه السلام «إلا أن يشترطها المبتاع» ولو اشترط أحدهما جزءاً من الثمرة معلوماً كان ذلك كاشتراط جميعها في الجواز في قول جمهور الفقهاء، وقول أشهب من أصحاب مالك، وقال ابن القاسم: لا يجوز اشتراط بعضها، لأن الخبر إنما ورد باشتراط جميعها.

ولنا أن ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه كمدة الخيار، وكذلك القول في مال العبد إذا اشترط بعضه.

(الفصل الثالث أن اثرة إذا بقيت للبائع فله تركها في الشجر إلى أن وان
الجزاز ، سواء استحقتها بشرطه أو بظهورها ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال
أبو حنيفة : يلزمه قطعها وتفريغ النخل منها ، لأنه مبيع مشغول بملك البائع ، فلزم
نقله وتفريغه ، كما لو باع داراً فيها طعام أو قماش له .

ولنا أن النقل والتفريغ للبيع على حسب العرف والعادة ، كما لو باع
داراً فيها طعام لم يجب نقله إلا على حسب العادة في ذلك ، وهو أن ينقله نهاراً
شيئاً بعد شيء ، ولا يلزمه النقل ليلاً ، ولا جمع دواب البلد لنقله ، وكذلك ههنا
يفرع النخل من الثرة في أوان تفريغها ، وهو أوان جزازها ، وقياسه حجة لنا
لما بيناه . إذا تقرر هذا : فالمرجع في جزه إلى ما جرت به العادة ، فإذا كان المبيع
نخلًا حين تنتهي حلاوة ثمره إلا أن يكون مما يسره خير من رطبه أو ما جرت
العادة بأخذه بسراً ، فإنه يجزه حين تستحكم حلاوة يسره ، لأن هذا هو العادة ،
فإذا استحسنت حلاوته فعليه نقله .

وان قيل : بقاؤه في شجره خير له وأبقى فعليه النقل لأن العادة في النقل قد
حصلت ، وليس له إبقاؤه بعد ذلك ، وإن كان المبيع عنياً أو فاكهة سواء فآخذه
حين ينتهي إدراكه وتستحكم حلاوته ويجز مثله ، وهذا قول مالك والشافعي .

(فصل) فإن أبر بعضه دون بعض ، فالمنصوص عن أحمد : أن ما أبر للبائع
ومالم يؤبر للشترى ، وهو قول أبي بكر ، للخبر الذي عليه مبنى هذه المسألة ، فإن
صريحه . أن ما أبر للبائع ، ومفهومه : أن مالم يؤبر للشترى .

وقال ابن حامد : الكل للبائع ، وهو مذهب الشافعي ، لانا إذا لم نجعل الكل
للبيع أدى إلى الإضرار باشتراك الأيدي في البستان . فيجب أن يجعل مالم يؤبر
تبعاً لما أبر . كثمر النخلة الواحدة . فإنه لا خلاف في أن تأييد بعض النخلة يجعل
جميعها للبائع . وقد يتبع الباطن الظاهر منه . كآساسات الحيطان تتبع الظاهر منه
ولأن البستان إذا بدا صلاح ثمرة منه جاز بيع جميعها بغير شرط القطع . كذا
ههنا وهذا من النوع الواحد . لأن الظاهر : أن النوع الواحد يتقارب ويتلاحق
فأما أن أبر لم يتبعه النوع الآخر . ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله

وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأنه يفضى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدى كما فى النوع الواحد .

ولنا أن النوعين يتباعدان ويتميز أحدهما من الآخر ، ولا يخشى اختلاطهما واشتباههما ، فأشبهنا الجنسين وما ذكره يطل بالجنسين ، ولا يصح القياس على النوع الواحد لا فتراقهما فيما ذكرناه ، ولو باع حائطين قد أبر أحدهما لم يتبعه الآخر لأنه يفضى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدى ، لانفراد كل واحد منهما عن صاحبه ، ولو أبر بعض الحائط فأفرد بالبيع ما لم يؤثر فللمبيع حكم نفسه ولا يتبع غيره ، وخرج القاضى وجهاً فى أنه يتبع غير المبيع ويكون للبائع ، لأنه قد ثبت للحائط كله حكم التأبير ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، ولا يصح هذا لأن المبيع لم يؤثر منه شيء فوجب أن يكون للبشرى بفهوم الخبر ، وكألو كان منفرداً فى بستان وحده ، ولأنه لا يفضى إلى سوء المشاركة ، ولا اختلاف الأيدى ولا إلى ضرر فبقى على حكم الأصل ، فإن بيعت النخلة وقد أبرت كلها أو بعضها فأطلعت بعد ذلك فالطلع للبشرى لأنه حدث فى ملكه فكان له كما لو حدث بعد جزاء ثمرة ، ولأن ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشبه به لتباعد ما بينهما .

(فصل) وطلع الفحال كطلع الاناث ، وهو ظاهر كلام الشافعى ، ويحتمل أن يكون طلع الفحال للبائع قبل ظهوره ، لأنه يؤخذ للأكل قبل ظهوره ، فهو كثمرة لا تخلق الا ظاهرة كالنتين ، ويكون ظهور طلعه كظهور ثمرة غيره

ولنا أنها ثمرة نخل اذا تركت ظهرت ؛ فهى كالاناث أو يدخل فى عموم الخبر وما ذكر للوجه الآخر لا يصلح ، فإن أكله ليس هو المقصود منه ، وإنما يراد للتلقيح به ، وهو يكون بعد ظهوره ، فأشبه طلع الاناث ، فإن باع نخلاً فيه لحال واناث لم يشق منه شيء ، فالكل للبشرى الا على الوجه الآخر ، فإن طلع الفحال يكون للبائع ، وإن كان قد تشقق طلع أحد النوعين دون الآخر فما تشقق فهو للبائع وما لم يتشقق للبشرى ، الا عند من سوى بين الانواع كلها ، وإن تشقق طلع بعض الاناث أو بعض الفحال فالذى قد ظهر للبائع ، وما لم يظهر على ما ذكرنا من الاختلاف فيه .

(فصل) وكل عقد معاوضة يجرى مجرى البيع فى أن الثمرة المؤبرة تكون

لمن انتقل عنه الأصل وغير المؤبرة لمن انتقل إليه ، مثل أن يصدق المرأة نخلا ، أو يخلعها به ، أو يجعله عوضا في إجارة أو عقد صلح ، لأنه عقد معاوضة ، فجرى مجرى البيع ، وإن انتقل بغير معاوضة كالهبة والرهن ، أو فسخ لأجل العيب ، أو فليس المشتري . أو رجوع الأب في هبته لولده ، أو تقايلا المبيع ، أو كان صداقا رجع إلى الزوج لفسخ المرأة النكاح ، أو نصفه لطلاق الزوج ، فإنه في الفسخ يتبع الأصل ، سواء أبر أو لم يؤثر لأنه غناه متصل فأشبهه السمن ، وفي الهبة والرهن حكمهما حكم البيع في أنه يتبع قبل التأخير . ولا يتبع فيما بعده لأن الملك زال عن الأصل بغير فسخ فكان الحكم فيه ما ذكرناه كالبيع ، وأما رجوع البائع لفلس المشتري أو الزوج لانفساخ النكاح فيذكران في بابيهما .

مسألة ، قال (وكذلك بيع الشجر إذا كان فيه تمر باد)

وجملة ذلك : أن الشجر على خمسة أضرب :

أحدها : ما يكون ثمره في أكامه ثم تنفتح الاكام فيظهر ، كالنخل الذي وردت السنة فيه وبيننا حكمه وهو الأصل ، وما عداه مقيس عليه وملحق به ، ومن هذا الضرب : القطن وما يقصد نوره ، كالورد والياسمين والزرجس والبنفسج فإنه تظهر أكامه ثم تنفتح فيظهر ، فهو كالطلع إن تنفتح جنبذه فهو للبائع ، وإلا فهو للمشتري .

الثاني : ما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور ، كالتين والتوت والجوز ، فهي للبائع ، لأن ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور الطلع من قشره .

الثالث : ما يظهر في قشره ثم يبقى فيه إلى حين الاكل ، كالرمان والموز . فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور لأن قشره من مصلحته ، ويبقى فيه إلى حين الاكل فهو كالتين ، ولأن قشره ينزل منزلة أجزائه للزومه إياه ، وكونه من مصلحته .

الضرب الرابع : ما يظهر في قشرين كالجوز واللوز ، فهو للبائع أيضا بنفس الظهور لأن قشره لا يزول عنه غالبا إلا بعد جزائه ، فأشبهه الضرب الذي قبله ، ولأن قشر اللوز يؤكل معه فأشبهه التين ، وقال القاضي : إن تشقق القشر الأعلى

فهو للبائع ، وإن لم يتشقق فهو للمشتري كالطلع ، ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع إلا نادراً ، ولا يصح قياسه على الطلع لان الطلع لا بد من تشققه وتشققه من مصلحته وهذا بخلافه ، فإنه لا يتشقق على شجره ، وتشققه قبل كاله يفسده .

الخامس : ما يظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمرة ، كالتفاح والمشمش والاجاص والخوخ ، فإذا تفتح نوره وظهرت الثمرة فيه فهي للبائع ، وإن لم تظهر فهي للمشتري وقيل : ما تنثر نوره فهو للبائع ، وما لا فهو للمشتري لان الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور ، وقال القاضي : يحتمل أن تكون للبائع بظهور نوره لان الطلع اذا تشقق كان كنور الشجر فان العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة : وانما هي أوعية لها تكبر الثمرة في جوفها وتظهر ، فتصير العقدة في طرفها وهي قمع الرطبة وقول الحرق يقتضى ما قلناه لانه علق استحقاق البائع لها بكون الثمر باديا لا يبدو نوره ، ولا يبدو الثمر حتى يفتح نوره ، وقد يبدو اذا كبر قبل أن ينثر النور ، فتعلق ذلك بظهوره والعنب بمنزلة ما له نور لانه يبدو في قطوفه شيء صغار كحب الدخن ثم يفتح ويتناثر كتناثر النور ؛ فيكون من هذا القسم ، والله أعلم . وهذا يفارق الطلع لان الذي في الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير والنور في هذه الثمار يتساقط ويذهب وتظهر الثمرة . ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه كما ذكرنا هنا أو قريبا منه ؛ وبينها اختلاف على حسب ما ذكرنا من الخلاف أو قريبا منه .

فصل في سائر أجزاء الشجر

فأما الاغصان والورق وسائر أجزاء الشجر فهو للمشتري بكل حال لانه من أجزائها خلق لمصلحتها ، فهو كأجزاء سائر المبيع ، ويحتمل أن يكون ورق التوت الذي يقصد أخذه لتربية دود القز ان تفتح فهو للبائع ، والا فهو للمشتري لانه بمنزلة الجنبذ الذي يفتح فيظهر نوره من الورد وغيره ، وهذا في المواضع التي عادت لهم أخذ الورق وإن لم تكن عادت لهم ذلك فهو للمشتري كسائر ورق الشجر ، والله أعلم .

(فصل) وإذا كانت الثمرة للبائع مبقاة في شجر المشتري ، فاحتاجت الى سقي لم يكن للمشتري منعه منه لانه يبقى به ، فلزمه تسكينه منه كتركه على الاصول وان أراد سقيها من غير حاجة فلم يشتري منعه منه لانه بسقيه يتضمن التصرف

في ملك غيره ، ولأن الأصل منعه من التصرف في ملك غيره ، وإنما أباحت الحاجة فإن لم توجد الحاجة يبقى على أصل المنع فإن احتاجت إلى السقي وفيه ضرر على الشجر أو احتاج الشجر إلى سقي يضر بالثمرة ، فقال القاضي : أيها طلب السقي لحاجته أجبر الآخر عليه لأنه دخل في العقد على ذلك : فإن المشتري اقتضى عقده بتبقيّة الثمرة ، والسقي من تبقيتها والعقد اقتضى تمكين المشتري من حفظ الأصول وتسليمها ، فلزم كل واحد منهما ما أوجبه العقد للآخر ، وإن أضرب به ، وإنما له أن يسقي بقدر حاجته فإن اختلفا في قدر الحاجة رجع إلى أهل الخبرة ، وأيها التمس السقي فالمؤنة عليه لأنه لحاجته .

(فصل) فإن خيف على الأصول الضرر بتبقيّة الثمرة عليها لعطش أو غيره والضرر يسير لم يجبر على قطعها لأنها مستحقة للبقاء ، فلم يجبر على إزالتها لدفع ضرر يسير عن غيره ، وإن كان كثيراً تخيف على الأصول الجفاف أو نقص حملها ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجبر أيضاً لذلك ، الثاني يجبر على القطع لأن الضرر يلحقها وإن لم تقطع والأصول تسلم بالقطع ، فكان القطع أولى ، ولشافعي قولان كالوجهين .

(فصل) وإذا باع شجرة فيه ثمر للبائع فحدثت ثمرة أخرى ، أو اشترى ثمرة في شجرها فحدثت ثمرة أخرى فإن تميزتا فلكل واحد ثمرته وإن لم تتميز احدهما من الأخرى فيها شريكان فيها ، كل واحد بقدر ثمرته فإن لم يعلم قدر كل واحدة منهما اصطلاحاً عليها ، ولا يبطل العقد لأن المبيع لم يتعذر تسليمه وإنما اختلط بغيره ، فهو كما لو اشترى طعاماً في مكان فانتال عليه طعام للبائع ، أو انتال هو على طعام للبائع ، ولم يعرف قدر كل واحد منها ، ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها ، أو اشترى عرية فتركها حتى أثمرت فإن العقد يبطل في إحدى الروايتين ، لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهي ، وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ، أو شراء الرطب بالتمر من غير كيل من غير حاجة إلى أكله رطباً ، وههنا ما ارتكب نهيّاً ولا يجعل هذا طريقاً إلى فعل المحرم : وجمع أبو الخطاب بينهما فقال : في الجميع روايتان

٥ - ٤ المغني

أحدهما ، يبطل العقد ، والآخرى : لا يبطل ، وقال القاضي : ان كانت الثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى ، قيل لكل واحد : اسمح بنصيبك لصاحبك ؛ فان فعله أحدهما أقررتا العقد ، وأجبرنا الآخر على القبول لانه يزول به النزاع ، وان امتنعا فسخنا العقد لتعذر وصول كل واحد منها الى قدر حقه ، وان اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى لم نقل للمشتري : اسمح بنصيبك لان الثمرة كل المبيع فلا يؤمر بتخليته كله ، ونقول للبائع ، ذلك فان سمح بنصيبه للمشتري أجبرناه على القبول والا فسخ البيع بينهما ، وهذا مذهب الشافعي ، قال ابن عقيل : لعل هذا قول لبعض أصحابنا فانني لم أجده معزيا الى أحد ، والظاهر أن هذا اختيار القاضي ، وليس بمذهب لاحد ولو اشترى حنطة فأتالت عليها أخرى لم يفسخ البيع والحكم فيه بالحكم في الثمرة تحدث معها أخرى ، والله أعلم .

فصل

اذا باع الارض وفيها زرع لا يحصد الامرة ، كالحنطة والشعير والقطاني ، وما المقصود منه مستر ، كالجزر والفجل والبصل والثوم وأشباهاها فاشترطه المشتري ، فهو له قصيلا كان أو ذا حب ، مسترأ أو ظاهراً ، معلوما أو مجهولا لكونه دخل في البيع للأرض فلم يضر جهله وعدم كاله ؛ كما لو اشترى شجرة فاشترط ثمرتها بعد تأبيرها ، وان أطلق البيع فهو للبائع لانه مودع في الارض فهو كالكنز والقمحش ولانه يراد للنقل فأشبه الثمرة المؤبرة ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً ، ويكون للبائع مبق في الارض الى حين الحصاد بغير أجره لان المنفعة حصلت مستثناة له ، وعليه حصاده في أول وقت حصاده وان كان بقاؤه أنفع له كقولنا في الثمرة ، وهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : عليه نقله عقيب البيع ، كقوله في الثمرة ، وقد مضى الكلام فيها ، وهكذا قال الحكم في القصب الفارسي لان له وقتاً يقطع فيه الا أن العروق تكون للمشتري لانها تترك في الارض للقاء فيها ، والقصب نفسه كالثمرة ، وان لم يظهر منه شيء فهو للمشتري وأما قصب السكر فانه يؤخذ مرة واحدة فهو كالزرع فان حصده قبل الحصاد لينفع بالارض في غيره لم يملك الانتفاع بها لان منفعتها انما حصلت مستثناة عن متضي العمد ضرورة بقاء الزرع فتعذر بيعاته ، كالثمرة على الشجرة ، وكما لو كان المبيع

طعاما لا ينقل مثله عادة الا في شهر لم يكلف الا ذلك فإن تكلف نقله في يوم واحد لينتفع بالدار في غيره لم يجز ؛ كذلك هنا ، ومتى حصد الزرع وبقيت له عروق تستضر بها الارض ، كمروق القطن والذرة ، فعلى البائع ازالها ، وان تحفرت الارض فعليه تسوية حفرها لانه استصلاح للمكة فصار كالمو باع داراً فيها حاية كبيرة لا تخرج الا بهدم باب الدار فهدمها كان عليه الضمان ، وكذلك كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك الآخر من غير اذن الاول ولا فعل صدر عنه النقص واستند اليه كان الضمان على مدخل النقص .

(فصل)

وان باع أرضا وفيها زرع يجز مرة بعد أخرى فالاصول للمشتري والجزء الظاهرة عند البيع للبائع ؛ سواء كان مما يبقى سنة كالحندبا والبقول ، أو أكثر كالرطبة ، وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في الحال فإنه ليس لذلك حد ينتهي اليه ولان ذلك يطول ويخرج غير ما كان ظاهراً ، والزيادة من الاصول التي هي ملك للمشتري ، وكذلك ان كان الزرع مما تكرر ثمرته كالقثاء والخيار والبطيخ والباذنجان وشبهه فهو للمشتري والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع لان ذلك مما تكرر الثمرة فيه فأشبهه الشجر ، ولو كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه في الارض كالبنفسج والنرجس ، فالاصول للمشتري لانه جعل في الارض للبقاء فيها فهو كالرطبة ؛ وكذلك أوراقه وخصونه لانه لا يقصد أخذه فهو كورق الشجر وأغصانه ، وأما زهرته فان كانت قد تفتحت فهي للبائع والا فهي للمشتري على ما ذكرناه فيما مضى ؛ واختار ابن عقيل في هذا كله : أن البائع ان قال : بعتك هذه الارض بحقوقها دخل فيها ، وان لم يقل بحقوقها ؛ فهل يدخل ؟ على وجهين كالشجر .

(فصل) واذا اشترى أرضا فيها بذر فاستحق المشتري أصله ، كالرطبة والنعناع والبقول التي تجز مرة بعد أخرى فهو له لانه ترك في الارض للتبعية فهو كأصول الشجر ولانه لو كان ظاهراً كان له ، فالمستتر أولى ؛ سواء علق في الارض أو لا فان كان بذرأ لما يستحقه البائع فهو له ، الا أن يشترطه المبتاع فيكون له ؛ وقال الشافعي : البيع باطل لان البذر مجهول وهو مقصود .

ولنا أن البئر يدخل تبعا في البيع فلم يضر جهله، كما لو اشترى عبداً فاشترط ماله، ويجوز في التابع من الغرر مالا يجوز في المتنوع، كبيع اللبن في الضرع مع الشاة، والحمل مع الأم، والسقوف في الدار، وأساسات الحيطان تدخل تبعا في البيع، ولا تضر جهاتها، ولا تجوز مفردة، وإن لم يعلم المشتري بذلك فله الخيار في فسخ البيع وإمضائه، لأنه يفوت عليه منفعة الأرض عاما، فإن رضى البائع بتركه للمشتري أو قال: أنا أحوله وأمكنه ذلك في زمن يسير لا يضر بمنافع الأرض فلا خيار للمشتري، لأنه أزال العيب بالنقل أو زاده خيراً بالترك فلزمه قبوله، لأن فيه تصحيحاً للعقد، وهذا مذهب الشافعي.

وكذلك لو اشترى نخيلاً فيه طلع فبان أنه مؤبر فله الخيار، لأنه يفوت المشتري ثمرة عامه ويضر بقاؤها بنخله، فإن تركها له البائع لم يكن له خيار، فإن قال: أنا أقطعها الآن لم يسقط خياره بذلك لأن ثمرة العام تفوت سواء قطعها أو تركها، وإن اشترى أرضاً فيها زرع للبائع أو شجراً فيه ثمر للبائع، والمشتري جاهل بذلك يظن أن الزرع والثمر له فله الخيار أيضاً كما لو جهل وجوده، لأنه إنما رضى ببذل ماله عوضاً عن الأرض والشجر بما فيهما فإذا بان خلاف ذلك ينبغي أن يثبت له الخيار كالمشتري للعيب يظنه صحيحاً، وإن اختلفا في جهله لذلك، فالقول قول المشتري إذا كان ممن يحجل ذلك لكونه عامياً، فإن هذا مما يحمله كثير من الناس، وإن كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله، لأن الظاهر أنه لا يحمله

فصل في

إذا باعه أرضاً بحقوقها دخل ما فيها من غراس وبناء في البيع، وكذلك إذا قال: رهنتك هذه الأرض بحقوقها، دخل في الرهن غراسها وبناءها، وإن لم يقل بحقوقها، فهل يدخل الغراس والبناء فيهما؟ على وجهين، ونص الشافعي على أنهما يدخلان في البيع دون الرهن، واختلف أصحابه في ذلك، فمنهم من قال فيهما جميعاً قولان، ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى فيستتبع البناء والشجر بخلاف الرهن ومنهم من قال: لهما سواء، لأن ما تبع في البيع تبع في الرهن، كالطرق والمنافع، وفيهما جميعاً وجهان:

أحدهما: يدخل البناء والشجر لانهما من حقوق الأرض، ولذلك يدخلان

إذا قال : بحقوقها وما كان من حقوقها يدخل فيها بالاطلاق ، كطرقها ومنافعها .
والثاني : لا يدخلان ؛ لانهما ليسا من حقوق الارض ، فلا يدخلان في بيعها
ورهنها ، كالثمره المؤبرة ، ومن نصر الأول فرق بينهما يكون الثمرة تراد للنقل
وليسست من حقوقها ؛ بخلاف الشجر والبناء ، فإن قال : بعتك هذا البستان دخل
فيه الشجر ؛ لان البستان اسم للأرض والشجر والحائط ، ولذلك لا تسمى الارض
المكشوفة بستانا ، قال ابن عقيل : ويدخل فيه البناء لان ما دخل فيه الشجر دخل
فيه البناء ، ويحتمل أن لا يدخل .

(فصل) وإن باعه شجراً لم تدخل الأرض في البيع ، ذكره أبو اسحاق بن
شاقلا ، لان الاسم لا يتناولها ولا هي تبع للبيع .

(فصل) وإن قال : بعتك هذه القرية ، فإن كانت في اللفظ قرية ، مثل
المساومة على أرضها ، أو ذكر الزرع والغرس فيها وذكر حدودها ، أو بذل ثمن
لا يصلح الا فيها وفي أرضها ، دخل في البيع ، لان الاسم يجوز أن يطلق عليها
مع أرضها ، والقرية صارقة إليه ودالة عليه ، فأشبه ما لو صرح به ، وإن لم يكن
قرية تصرف الى ذلك فالباع يتناول البيوت والحصن الدائر عليها ، فإن القرية
اسم لذلك ، وهو مأخوذ من الجمع لانه يجمع الناس ؛ سواء قال : بحقوقها أو لم
يقول ، وأما الغراس بين بنيانها فحكمه حكم الغراس في الارض ؛ ان قال . بحقوقها
دخل ، وإن لم يقل : فعلى وجهين .

(فصل) وإن باعه داراً بحقوقها تناول البيع أرضها وبناءها وما هو متصل
بها ، مما هو من مصلحتها كالأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسورة
والاوتاد المغروزة والحجر المنصوب من الرحا وأشباه ذلك ، ولا يدخل في البيع
ما ليس من مصالحها ، كالكنز والاحجار المدفونة ، لان ذلك مودع فيها للنقل
عنها ، فأشبه الفرش والستور ، ولا ما كان منفصلاً عنها يختص بمصلحتها كالفرش
والستور والطعام والرفوف الموضوعة على الاوتاد بغير تسمير ولا غرز في
الحائط ، والدلو والبكرة والقفل وحجر الرحي إذا لم يكن واحد منهما منصوباً
والخوابي الموضوعة من غير أن يطين عليها ونحوه ، لانه منفصل عنها لا يختص
بمصلحتها ، فأشبهه الثياب ، وأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها ، كالفتاح

والحجر الفوقاني من الرخا إذا كان السفلا في منصوبا فيحتمل وجهين :

أحدهما : يدخل في البيع ، لانه لمصلحةها ، فأشبه المنصوب فيها .
والثاني : لا يدخل . لانه منفصل عنها ، فأشبه السفلا في إذا لم يكن منصوبا
والقفل والدلو ونحوهما ، ومذهب الشافعي في هذا كذهبا سواء .

(فصل) وما كان في الأرض من الحجارة المخلوقة فيها أو مبنى فيها :
كأساسات الحيطان المتهدمة فهي للبشترى بالبيع لانه من أجزائها ، فهي كحيطانها
وترابها والمعادن الجامدة فيها والأجر كالحجارة في هذا وإذا كان المشتري عالما
بذلك فلا خيار له ، وإن لم يكن عالما به وكان ذلك يضر بالأرض وينقصها كالصخر
المضر بعروق الشجر فهو عيب ، وللبشترى الخيار بين الفسخ وأخذ البش أو
الإمسك وأخذ أرض العيب كما في سائر المبيع ، فأما إن كانت الحجارة أو الأجر
مودعا فيها للنقل عنها فهي للبائع ، كالكنز وعليه نقلها وتسوية الأرض إذا نقلها
وإصلاح الحفر ، لانه ضرر لحق لاستصلاح ملكه ، فكان عليه إزالته ، وإن كان
قلعها يضر بالأرض أو تتناول مدته ، ولم يكن المشتري عالما ، فله الخيار كما ذكرنا
لانه عيب ، وإن لم يكن في نقلها ضرر ، ويمكن نقلها في أيام يسيرة ، كالثلاثة
فما دون فلا خيار له ، وله مطالبة البائع بنقلها في الحال ، لانه لا عرف في تبقيتها
بخلاف الزرع ، وإن كان عالما بالحال ، فلا خيار له ولا أجرة في الزمان الذي
نقلت فيه ، لانه علم بذلك ورضي ، فأشبه ما لو اشترى أرضا فيها زرع ، وإن لم
يعلم واختار إمساك المبيع . فهل له أجرة لزمان النقل ؟ على وجهين :

أحدهما : له ذلك لان المنافع مضمونة على المتلف . فكان عليه بدلها كالأجزاء
والثاني : لا يجب . لانه لما رضى بإمسك المبيع بتلف المنفعة في زمان النقل
فإن لم يختار الإمساك . فقال البائع : أنا أدع ذلك لك . وكان مما لا ضرر في بقاءه
لم يكن له خيار . لان الضرر زال عنه .

(فصل) فإن كان في الأرض معادن جامدة ، كعادن الذهب والفضة والحديد
والنحاس والرصاص ونحوها دخلت في البيع وملكت بملك الأرض التي هي فيها
لأنها من أجزائها ، فهي كترابها وأحجارها ، ولكن لا يباع معدن الذهب بذهب

ولا معدن الفضة بفضة، ويجوز بيعها بغير جنسها، وإن ظهر في الأرض معدن لم يعلم البائع به فله الخيار، لأنه زيادة لم يعلم بها، فأشبه ما لو باعه ثوباً على أنه عشرة فبان أحد عشر، هذا إذا كان قد ملك الأرض بإحياء أو إقطاع، وقد روى أن ولده بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبد العزيز أرضاً فظهر فيها معدن فقالوا: إنما بعنا الأرض ولم نبع المعدن؛ وأتوا عمر بن عبد العزيز بالكتاب الذي فيه قطعة النبي صلى الله عليه وسلم لأبيهم، فأخذ عمر قبضته ورد عليهم المعدن، وإن كان البائع ملك الأرض بالبيع احتمل أن لا يكون له خيار لأن الحق لعيره وهو المالك الأول؛ واحتمل أن يكون له الخيار، كما لو اشترى معيياً ثم باعه ولم يعلم عيبه، فإنه يستحق الرد عليه؛ وإن كان قد باعه مشل ما اشتراه. وقد روى أبو طالب عن أحمد: أنه إذا ظهر المعدن في ملكه ملكه، وظاهر هذا أنه لم يجعله للبائع ولا جعل له خياراً لأنه من أجزاء الأرض، فأشبه ما لو ظهر فيها حجارة لها قيمة كبيرة.

(فصل) وإذا كان في الأرض شر أو عين مستنبطة فنفس البئر وأرض العين مملوكة للمالك الأرض والماء الذي فيها غير مملوك، لأنه يجري من تحت الأرض إلى ملكه، فأشبه الماء الجاري في النهر إلى ملكه، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي.

والوجه الآخر: يدخل في الملك لأنه تمام الملك، وقد روى عن أحمد ما يدل على أنه يملك، فإنه قال في رجل له أرض ولآخر ماء فيشترك صاحب الأرض وصاحب الماء في الزرع، ويكون بينهما؟ فقال: لا بأس، اختاره أبو بكر، وهذا يدل على أن الماء مملوك لصاحبه، وفي معنى الماء المعادن الجارية في الأملاك كالقار والنفط والمومياء والملح، وكذلك الحكم في الثابت في أرضه من الكلال والشوك، ففي كل ذلك يخرج على الروايتين في الماء، والصحيح: أن الماء لا يملك فكذلك هذه: قال أحمد: لا يعجنى بمغ الماء البتة.

قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن قوم بينهم نهر تشرب منه أرضهم لهذا يوم ولهذا يومان، يتفقون عليه بالحصص فجاء يومى ولا احتاج إليه أكرهه بدرهم

قال ما أدري ، أما النبي صلى الله عليه وسلم فنهى عن بيع الماء . قيل إنه ليس يبيعه إنما يكرهه : قال إنما احتالوا بهذا ليحسنوه ، فأى شيء هذا إلا البيع .

وروى الأثرم بإسناده عن جابر وإياس بن عبد الله المزني « أن النبي (ص) نهى أن يباع الماء . »

وروى أيضاً عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون شركاء في ثلاث : في الماء والنار والكلاء » ، رواه أبو عبيد في كتاب الأموال ، فإذا قلنا لا يملك فصاحب الأرض أحق به من غيره ؛ لكونه في ملكه ، فإن دخل غيره بغير إذنه فأخذه ملكه لأنه مباح في الأصل ، فأشبه ما لو عثس في أرضه طائر أو دخل فيها ظبي أو نضبت عن سمك فدخل إليه داخل فأخذه ، وأما ما يحوزه من الماء في إنائه أو يأخذه من الكلاء في جله أو يحوزه في رحله أو يأخذه من المعادن فإنه يملكه بذلك وله بيعه بلا خلاف بين أهل العلم ، فإن النبي (ص) قال « لأن يأخذ أحدكم جبلاً فيأخذ حزمة من حطب فيبيع فيكف الله به وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطى أو منع » ، رواه البخاري

وروى أبو عبيد في الأموال عن المشيخة « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء إلا ما حل منه » ، وعلى ذلك مضت العادة في الأمصار ببيع الماء في الروايا والخطب والكلاء من غير تكبير ، وليس لأحد أن يشرب منه ولا يتوضأ ولا يأخذ إلا بإذن مالكة . وكذلك لو وقف على بئر أو بئر مباح فاستقى بدلوه أو بدولاب أو نحوه فما يرقيه من الماء فهو ملكه وله بيعه ، لأنه ملكه بأخذه في إنائه قال أحمد : إنما نهى عن بيع فضل ماء البئر والعيون في قراره ، ويجوز بيع البئر نفسها والعين ومشتريها أحق بمائها

وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من يشتري بئر رومة يوسع بها على المسلمين وله الجنة - أو كما قال - فاشترها عثمان بن عفان رضي الله عنه من يهودي بأمر النبي صلى الله عليه وسلم وسبيلها للمسلمين . وكان اليهودي يبيع ماءها ، وروى « أن عثمان اشترى منه نصفها بإثني عشر ألفاً ، ثم قال لليهودي : اختر إما أن تأخذها يوماً وأخذها أنا يوماً ، وإما أن تنصب لك عليها دلواً وأنصب عليها دلواً ؟ فاختار يوماً ويوماً ، فكان الناس يستقون منها في يوم عثمان لليومين ، فقال اليهودي

أفسدت على بئر فاشترى باقيها ، فاشترى ثمانية آلاف ، : وفي هذا دليل على صحة بيعها وتسجيلها وصحة بيع ما يستقيه منها وجواز قسمة ماؤها بالمهاياة وكون ماليتها أحق بمائها ، وجواز قسمة ما فيه حق وليس بمملوك .

فأما المياه الجارية فما كان نابعاً في غير ملك كالأنهار الكبار وغيرها لم تملك بحال ولو دخل الى أرض رجل لم يملكه بذلك ، كالطير يدخل الى أرضه ، ولكل أحد أخذه ولا يملكه ، الا أن يجعل له في أرضه مستقراً ، كالبركة والقرار ، أو يحتفر ساقية يأخذ فيها من ماء النهر الكبير فيكون أحق بذلك الماء من غيره كنفق البئر ، وإن كان ما يستقر في البركة لا يخرج منها فالأولى أنه يملكه بذلك على ما سنده في مياه الأمطار .

وما كان نابعاً أو مستنبطاً كالقني فهو كنفق البئر وفيه من الخلاف ما فيه فأما المصانع المتخذة لمياه الأمطار تجمع فيها ونحوها من البرك وغيرها ، فالأولى أنه يملك ماءها ، ويصح بيعه إذا كان معلوماً ، لأنه مباح حصه بشيء معد له فملكه ، كالصيد يحصل في شبكته ، والسمك في بركة مخددة له ، ولا يجوز أخذ شيء منه الا بإذن مالكة .

« مسألة ، قال () وإذا اشترى الثمرة دون الأصل ولم يبد صلاحها على الترك الى الجزاء لم يجز ، وإن اشترى على القطع جاز ()

لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام :
أحدها : أن يشتريها بشرط التبقية ، فلا يصح البيع إجماعاً ، لأن النبي (ص) « نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع ، متفق عليه ، والنهي يقتضي فساد المنهى عنه .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث (القسم الثاني أن يبيعها بشرط القطع في الحال فيصح بالإجماع ، لأن المنع إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدث العاهة عليها قبل أخذها . بدليل ما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهر . قال : رأيته إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ رواه البخاري . وهذا مأمون فيما يقطع

فصح بيعه كما لو بدا صلاحه (القسم الثالث) أن يبيعها مطلقا ، ولم يشترط قطعا ولا تبقية فالبيع باطل . وبه قال مالك والشافعي وأجازوه أبو حنيفة ، لأن اطلاق العقد يقتضى القطع ، فهو كما لو اشترطه ، قال ومعنى النهى أن يبيعها مدركة قبل ادراكها ، بدلالة قوله « أ رأيت أن منع الله الثمرة بهم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو مفقود في الحال حتى يتصور المنع : ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق النهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فيدخل فيه محل النزاع ، واستدلوا لهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها في أن اطلاق العقد يقتضى القطع ، ويقرر ما قلنا من أن اطلاق العقد يقتضى التبقية ، فيصير العقد المطلق كالذى شرطت فيه التبقية بتناولها النهى جميعا ويصح تعليلها بالعلة التي علل بها النهى (ص) من منع الثمرة وهلاكها

(فصل)

وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب أحدها : أن يبيعها مفردة بغير مالك الأصل ، فهذا الضرب الذى ذكرنا حكمه وبيننا بطلانه .

الثانى : أن يبيعها مع الأصل ، فيجوز بالإجماع ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ابتاع نخلا بعد أن توبر ثمرتها للذى باعها الا أن يشترط المبتاع » ، ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعا فى البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها ، كما احتملت الجاهالة فى بيع اللبن فى الضرع مع بيع الشاة والنوى فى الثمر مع التم وأساسات الحيطان فى بيع الدار

الثالث : أن يبيعها مفردة لمالك الأصل نحو أن تكون للبائع ولا يشترطها المبتاع فيبيعها له بعد ذلك ، أو يوصى لرجل بثمرة نخلة فيبيعها لورثة الموصى ، ففيه وجهان :

أحدهما يصح البيع ، وهو المشهور من قول مالك ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لانه يجتمع الأصل والثمره للمشتري ، فيصح كما لو اشتراها معا ، ولانه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم الى المشتري على الكمال ، لكونه مالكا لأصولها وقرارها ، فصح بيعها مع أصلها

والثاني لا يصح ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن العقد يتناول
 الثمرة خاصة والغرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة ، كما لو كانت الأصول
 لأجنبي . ولأنها تدخل في عموم النهي ، بخلاف ما إذا باعها معاً فإنه مستثنى بالخبر
 المروى فيه ، ولأن الغرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة وفيما إذا باعها معاً
 تدخل الثمرة تبعاً ، ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع ، كما يجوز بيع
 اللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما ، وإن باعه الثمر بشرط القطع في الحال
 صح وجهاً واحداً ، ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له

فصل

ولا يجوز بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط القطع في الحال كما
 ذكرنا في الثمرة على الأصول ، لما روى مسلم عن ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
 عن بيع النخل حتى يزهر وعن يوم السنبلة حتى يبيض ويأمن العاهة » ، نهى البائع
 والمشتري . قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً يعدل عن القول به ، وهو قول مالك
 وأهل المدينة وأهل البصرة وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي ، فإن باعه مع الأرض
 جاز كبيع الثمرة مع الأصل ، وإن باعه لمالك الأرض ففيه وجهان على ما ذكرنا
 في الثمرة تباع من مالك الأصل .

وقال أبو الخطاب : يجوز وإن باعه إياه بشرط القطع جاز وجهاً واحداً ولم
 يلزم المشتري الوفاء بالشرط ، لأن الأصل له فهو كبيع الثمرة من مالك الأصل
 بشرط القطع ؛ وإذا اشتد حب الزرع جاز بيعه مطلقاً وبشرط التيقية ، لقول النبي
 صلى الله عليه وسلم في الحديث « حتى يبيض » فجعل ذلك غاية المنع من بيعه ، فيدل
 على الجواز بعده . وفي رواية « نهى النبي صلى الله عليه وسلم » عن بيع العنب حتى يسود ، وعن
 بيع الحب حتى يشتد ، ولأنه إذا اشتد حبه بدا صلاحه فصار كالثمره إذا بدا
 صلاحها . وإذا اشتد شيء من حبه جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه كالشجرة
 إذا بدا صلاح في شيء منها

(فصل) ذكره القاضي في الصلح قال : وإذا اعترف لرجل بزرع ثم صالحه
 منه بعوض صح فيما يصح في البيع وبطل فيما يبطل فيه ، ولو ادعى اثنان زرعاً في
 يد آخر فأقر لهما به فالزرع بينهما نصفان ، فإن صالح أحدهما عن حقه منه قبل

اشتداد حبه لم يجز ، سواء شرط القطع أو أطلق ، لأنه ان أطلق بطل ، للنهي عن بيع المحاضرة . وان شرط القطع لم يمكنه قطع نصيبه الا بقطع الزرع كله ، وان كانت الارض للمقر احتمل أن يصح واحتمل أن لا يصح بناء على الوجهين فيما اذا اشترى زرعاً أخضر في أرض مملوكة له ، ولو كانت الارض لرجل والزرع لآخر فقال أحدهما صالحني من نصف أرضي على نصف زرعك فيكون الزرع والارض بيننا نصفين ، فإن كان بعد اشتداد حبه جاز . لأنه يجوز بيعه ، وإن كان قبل ذلك فهل يجوز ؟ على وجهين ، بناء على بيع الزرع من مالك الأرض ، وذلك لأنه يبيع نصف الزرع لمالك الارض ويشتري منه نصف الارض التي له فيها الزرع ، وان شرطاً في البيع أن يقطعوا الزرع جميعه ويسلم الارض فارغة فقيه وجهان أيضاً ، أحدهما يصح لا شتراطهما قطع كل الزرع وتفرغ الارض منه ، واحتمل أن يبطل . لأن صاحب الارض باعه نصف الارض بشرط قطع زرع غيره ليسلم اليه أرضه ، وان قلنا يصح لم يلزم الوفاء بالشرط ، لان كل واحد منها حصل زرعه في أرضه فلم يلزم قطعه .

(فصل) واذا اشترى رجل نصف الشجرة قبل بدو صلاحها أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه مشاعاً لم يجز ، سواء اشتراه من رجل أو من أكثر منه ، وسواء شرط القطع أو لم يشترطه ، لأنه لا يمكنه قطعه الا بقطع ما لا يملكه ، فلم يصح اشتراطه . (فصل) والقطن ضربان : أحدهما ما له أصل يبقى في الارض أعواماً ، كالشجر تتكرر ثمرته ، فهذا حكمه حكم الشجر في أنه يصح لإفراده بالبيع ، وإذا بيعت الارض بحقوقها دخل في البيع وثمره كالاطلاع ان تفتح فهو للبائع والا فهو للمشتري والثاني ما يتكرر زرعه كل عام ، لحكمه حكم الزرع ، ومتى كان جوزه ضعيفاً رطباً لم يقو مافيه لم يجز بيعه الا بشرط القطع كالزرع الاخضر . وان قوى جوزه واشتد جاز بيعه بشرط التبنقية . كالزرع الذي اشتد حبه . واذا بيعت الارض لم يدخل في البيع الا أن يشترطه المبتاع

والباذنجان نوعان : أحدهما ماله شجر تبقى أصوله وتتكرر ثمرته فهو كالشجر والثاني ما يتكرر زرعه كل عام فهو كالحنطة والشعير

« مسألة ، قال (فإن تركها حتى يبدو صلاحها بطل البيع) »

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن اشترى ثمرة قبل يبدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها ، فنقل عنه حنبل وأبو طالب أن البيع يبطل . قال القاضي : هي أصح . فعلى هذا يرد المشتري ثمرة إلى البائع ويأخذ الثمن . ونقل أحمد بن سعيد أن البيع لا يبطل ، وهو قول أكثر الفقهاء . لأن أكثر ما فيه أن المبيع اختلط بغيره فأشبه ما لو اشترى ثمرة فحدث ثمرة أخرى ولم تتميز . أو حنطة فاختلط عليها أخرى أو ثوبا فاختلط بغيره ، ونقل عنه أبو داود فيمن اشترى قصيلا فقصا أو ثوبا حتى صار شعيراً . قال إن أراد به حيلة فسد البيع وإلا لم يفسد . والظاهر أن هذه ترجع إلى ما نقله ابن سعيد ؛ فإنه يتعين حل ما نقله أحمد بن سعيد في صحة البيع على من لم يرد حيلة . فإن أراد الحيلة وقصد بشرطه القطع الحيلة على إبقائه لم يصح بحال . إذ قد ثبت من مذهب أحمد أن الحيل كلها باطلة

ووجه الرواية الأولى أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثمرة قبل يبدو صلاحها » فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع فقطعه بالإجماع . فيبقى ما عداه على أصل التحريم . ولأن التبقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى فأبطل العقد وجوده كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء . وترك التقابض فيما يشترط فيه القبض أو الفضل فيما يجب التساوى فيه . ولأن صحة البيع تجعل ذلك ذريعة إلى شراء الثمرة قبل يبدو صلاحها وتركها حتى يبدو صلاحها ، فوسائل الحرام حرام كبيع العينة . ومتى حكمتا بفساد البيع فالثمرة كلها للبائع . وعنه أنها يتصدقان بالزيادة . قال القاضي : هذا مستحب لوقوع الخلاف في مستحق الثمرة ، فاستحب الصدقة بها وإلا فالحق أنها للبائع تبعاً للأصل . كسائر نما المبيع المتصل إذا رد على البائع بفسخ أو بطلان .

ونقل ابن أبي موسى في الإرشاد أن البائع والمشتري يكونان شريكين في الزيادة وأما إن حكمتا بصحة العقد فقد روى أنهما يشتركان في الزيادة لحصولها في ملكهما ، فإن ملك المشتري الثمرة وملك البائع الأصل وهو سبب الزيادة .

وقال القاضي : الزيادة للمشتري كالعبد إذا سمن . وحل قول أحمد « يشتركان » على الاستحباب والأول أظهر لما ذكرنا . فإن الزيادة حصلت من أصل البائع من غير استحقاق تركها فكان فيها حق له . بخلاف العبد إذا سمن فإنه لا يتحقق فيه هذا المعنى ولا يشبهه ، ولا يصح حل قول أحمد على الاستحباب ، فإنه لا يستحب للبائع أن يأخذ من المشتري ما ليس بحق له ، بل ذلك حرام عليه ، فكيف يكون مستحبا؟ وعن أحمد أنهما يتصدقان بالزيادة . وهو قول الثوري ومحمد بن الحسن ، لأن عين المبيع زاد بجهة محظورة

قال الثوري : إذا اشترى قصيلا يأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي . ولأن الأمر اشتبه في هذه الزيادة وفي مستحقها فكان الأولى الصدقة بها . ويشبه أن يكون هذا استحبابا لأن الصدقة بالاشبهات مستحبة . وإن أيا الصدقة بها اشتركا فيها والزيادة هي ما بين قيمتها حين الشراء وقيمتها يوم أخذها

قال القاضي : ويحتمل أنها ما بين قيمتها قبل بدو صلاحها وقيمتها بعده . لأن الثمرة قبل بدو صلاحها كانت للمشتري بتمامها لا حق للبائع فيها وقال الثوري . يأخذ المشتري رأس ماله ويتصدق بالباقي . وكذلك الحكم في الرطوبة إذا طالت والزرع الأخضر إذا أذجن . وهذا فيما إذا لم يقصد وقت الشراء تأخيرها . ولم يجعل شراؤه بشرط القطع حيلة على المنهى عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ليركها حتى يبدو صلاحها . فأما أن قصد ذلك فالبيع باطل من أصله . لأنه حيلة محرمة

وعند أبي حنيفة والشافعي : لا حكم لقصدته والبيع صحيح . قصد أو لم يقصد . وأصل هذا الخلاف في تحريم الحيل . وقد سبق الكلام في هذا

« مسألة ، قال (فإن اشترأها بعد أن بدا صلاحها على الترك إلى الجزاء جاز)

وجملة ذلك أنه إذا بدا الصلاح في الثمرة جاز بيعها مطلقا . وبشرط التبقية إلى حال الجزاء وبشرط القطع . وبذلك قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز بشرط التبقية ، إلا أن محمدا قال : إذا تنهى عظمها جاز

واحتجوا بأن هذا شرط الانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز ، كما لو شرط تبقية الطعام في كندوجه .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ففهموه لإباحة بيعها بعد بدو صلاحها والمنهى عنه قبل بدو الصلاح عندئذ البيع بشرط التبقية فيجب أن يكون ذلك جائزاً بعد بدو الصلاح ، وإلا لم يكن بدو الصلاح غاية ، ولا فائدة في ذكره ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وتأمين العاهة ، وتعليه بأمن العاهة يدل على التبقية لأن ما يقطع في الحال لا يخاف العاهة عليه ، وإذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة ، فيجب أن يجوز بيعه مبقى لزوال علة المنع ولأن النقل والتحويل يجب في المبيع بحكم العرف فإذا شرطه جاز كما لو شرط نقل الطعام من ملك البائع حسب الإمكان وفي هذا انفصال عما ذكره .

فصل

ولا يختلف المذهب أن بدو الصلاح في بعض ثمرة النخلة أو الشجرة صلاح لجميعها ، أعنى أنه يباح بيع جميعها بذلك ، ولا أعلم فيه اختلافاً وهل يجوز بيع سائر ما في البستان من ذلك النوع ؟ فيه روايتان ، أظهرهما جوازه وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن ، وعنه لا يجوز إلا بيع ما بدا صلاحه لأن ما لم يبد صلاحه داخل في عموم النهي ولأنه لم يبد صلاحه فلم يجز بيعه من غير شرط القطع كالجنس الآخر ، وكذلك في البستان الآخر ، ووجه الأولى . أنه بدا الصلاح في نوعه من البستان الذي هو فيه فجاز بيع جميعه كالشجرة الواحدة ولأن اعتبار بدو الصلاح في الجميع يثيق ، ويؤدى إلى الاشتراك واختلاف الأيدي فوجب أن يتبع ما لم يبد صلاحه من نوعه لما بدا على ما ذكرنا فيما أبر بعضه دون بعض فأما نوع آخر من ذلك الجنس فقال القاضي ، لا يتبعه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقال محمد بن الحسن ، ما كان متقارب الإدراك فبدو صلاح بعضه يجوز به بيع جميعه ، وإن كان يتأخر إدراك البعض تأخيراً كثيراً ، فالبيع جائز فيما أدرك ولا يجوز في الباقي ، وقال أبو الخطاب يجوز بيع ما في البستان من ذلك الجنس . وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأن الجنس الواحد يضم بعضه إلى بعض في أكمل

النصاب في الزكاة فيتبعه في جواز البيع كالنوع الواحد ؛ والاول اولى : لان النوعين قد يتباعد إدراكهما ، فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح كالجنسين ، ويخالف الزكاة ، فإن القصد هو الغنى من جنس ذلك المسال لتقارب منفحته ، وقيام كل نوع مقام النوع الآخر في المقصود ، والمعنى ههنا : هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر ، ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك ، واختلاف الأيدى ، ولا يحصل ذلك في النوعين فصارا في هذا كالجنسين .

(فصل) فأما النوع الواحد من بستانين فلا يتبع أحدهما الآخر في جواز البيع حتى يبدو الصلاح في أحدهما ، متجاورين كانا أو متباعدين ، وهذا مذهب الشافعي وحكى عن أحمد رواية أخرى : أن بدو الصلاح في شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه ؛ وبهذا قال مالك : لأنهما يتقاربان في الصلاح ، فأشبهها القراح الواحد ولأن المقصود الأمن من العاهة وقد وجد ، والمذهب الأول ، لأنه إنما جعل مالم بيد صلاحه بمنزلة ما بدا وتابعا له ، دفعا لضرر الاشتراك واختلاف الأيدى ، وإلا فالأصل : اعتبار كل شيء بنفسه ؛ وما في قراح آخر لا يوجد فيه هذا الضرر فوجب أن لا يتبع الآخر كما لو تباعدا ، وما ذكروه ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع ، ولو بدا صلاح بعض النوع الواحد ، فأفرد بالبيع مالم بيد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يحز ، لدخوله تحت عموم النهي ، ويقدر قياسه على الصورة المخصوصة من العموم ، وهى ما إذا باعه مع ما بدا صلاحه : لأنه دخل في جواز البيع تبعا دفعا لمضرة الاشتراك ، واختلاف الأيدى ولا يوجد ذلك ههنا ولأنه قد يدخل في البيع تبعا ما يجوز لإفراده ، كالثمرة تباغ مع الأصل ، والزرع مع الأرض والبن في الضرع مع الشاة ، ويحتمل الجواز ، لأن الكل في حكم ما بدا صلاحه ، ولأنه يجوز بيعه مع غيره ، فجاز بيعه منفردا كالذى بدا صلاحه .

(فصل) إذا احتاجت الثمرة إلى سقى لزم البائع ذلك ، لأنه يجب عليه تسليم الثمرة كاملة ، وذلك يكون بالسقى

فإن قيل فلم قلتم إنه إذا باع الأصل وعليه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها قلنا : لأن المشتري لا يجب عليه تسليم الثمرة ، لأنه لم يملكها من جهته ، وإنما

بقى ملءة عليها بخلاف مسألتنا ، فإن امتنع البائع من السقي لضرر يلحق بالأصل
أجبر عليه ، لأنه دخل على ذلك .

(فصل) ويجوز لمشتري الثمرة بيعها في شجرها ، روى ذلك عن الزبير بن
العوام وزيد بن ثابت والحسن بن أبي الحسن البصري وأبي حنيفة والشافعي وابن
المنذر ، وكرهه ابن عباس وعكرمة وأبو سلية ، لأنه يبع له قبل قبضه ، فلم يجز ،
كما لو كان على وجه الأرض فلم يقبضه .

ولنا أنه يجوز له التصرف فيه ، فجاز له بيعه كما لو جذه ، وقولهم : لم يقبضه
لا يصح فإن قبض كل شيء بحسبه ، وهذا قبضه التخلية ، وقد وجدت .

« مسألة ، قال (فإن كانت ثمرة نخل ، فبدو صلاحها أن تظهر فيها الحمرة
أو الصفرة ، وإن كانت ثمرة كرم ، فصلاحها : أن تنموه ، وصلاح ماسوى النخل
والسكرم : أن يبدو فيها النضج)

وجملة ذلك : أن ما كان من الثمرة يتغير لونه عند صلاحه ، كثمرة النخل
والعنب الأسود والاحمر ، فبدو صلاحه بذلك ، وإن كان العنب أبيض ،
فصلاحه بنموه ، وهو أن يبدو فيه الماء الحلو ويلين ويصفر لونه ، وإن كان مما
لا يتلون كالنخلة ونحوه ، فبأن يحلو أو يطيب ، وإن كان بطيخاً أو نحوه ، فبأن
يبدو فيه النضج ، وإن كان مما لا يتغير لونه ، ويؤكل طيباً صغاراً وكباراً ، كالقثاء
والخيار ، فصلاحه : بلوغه أن يؤكل عادة . وقال القاضي وأصحاب الشافعي : بلوغه
أن يتناهى عظمه وما قلناه أشبه بصلاحه مما قالوه . فإن بدو صلاح الشيء ابتداءه .
وتناهى عظمه آخر صلاحه ، ولأن بدو الصلاح في الثمر يسبق حال الجراز ،
فلا يجوز أن يجعل بدو الصلاح فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة إلا أن يريدوا
بتناهى عظمه اتهامه إلى الحال التي جرت العادة بأخذه فيها ، فيكون كما ذكرنا ،
وما قلناه في هذا الفصل فهو قول مالك والشافعي وكثير من أهل العلم . أو مقارب له
وقال عطاء : لا يباع حتى يؤكل من الثمر قليل أو كثير : وروى نحوه عن ابن عمر
وابن عباس ، ولعلمهم أرادوا صلاحه للأكل ، فيرجع معناه إلى ما قلناه ، فإن

٦ - ٤ المعنى

ابن عباس قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل ، متفق عليه ، وإن أرادوا حقيقة الأكل كان ما ذكرنا أولى ، لأن ما رويّه يحتمل صلاحه للأكل ، فيحمل على ذلك موافقة لأكثر الأخبار ، وهو ما روى عن النبي (ص) « أنه نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب ، متفق عليه » ونهى أن تباع الثمرة حتى تزهر ، قيل : وما زهر ؟ قال : تحمار أو تصفار ، رواه البخاري ، ونهى عن بيع العنب حتى يسود ، رواه الترمذي وابن ماجه والاحاديث في هذا كثيرة كلها تدل على هذا المعنى .

مسألة ، قال (ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان ، وما أشبهه إلا لقطة لقطة)

وجملة ذلك : أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجوز الابيع الموجود منها دون المعدوم وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك : يجوز بيع الجميع ، لأن ذلك يشق تمييزه فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر ، كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا . ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يجوز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها ، والحاجة تندفع ببيع أصوله ، ولأن ما لم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع ، بخلاف ما لم يخلق ولأن ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعاً لما خلق وإن كان ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا . إذا تقرر هذا : فإن باعها قبل بدو صلاحها لم يجوز إلا بشرط القطع فإن كان بعد بدو صلاحها جاز مطلقاً ، وبشرط القطع والتبعية على ما ذكرنا في ثمرة الأشجار ، وقد بينا بماذا يكون بدو صلاحه .

(فصل) قال القاضي : ويصح بيع أصول هذه البقول التي تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ؛ ولا فرق بين كون الأصول صغاراً أو كباراً ، ثمرة أو غير ثمرة ، لأنه أصل تكرر فيه الثمرة : فأشبهه الشجر فإن باع الثمر منه فثمرته الظاهرة للبائع متروكة إلى حين بلوغها ، إلا أن يشترطها المبتاع ، فإن حدثت ثمرة أخرى فهي للبشترى ، فإن اختلطت بثمره البائع ، ولم تميز ، كان الحكم فيها كثمره الشجرة إذا اختلطت بثمره أخرى على ما مر حكمه (فصل) ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض : كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقطع ويشاهد ، وهذا قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي

وأباحه مالك والأوزاعي وإسحاق ؛ لأن الحاجة داعية إليه ، فأشبهه ببيع مالم بيد صلاحه تبعاً لما بدا .

ولنا أنه مبيع مجهول لم يره ، ولم يوصف له ، فأشبهه ببيع الحمل ، ولأن النبي (ص) نهى عن بيع الثمر ، رواه مسلم ، وهذا غرر ، وأما بيع مالم بيد صلاحه فإنما جاز بيعه لأن الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح ويتبع بعضه بعضاً ، فإن كان المقصد فروعه وأصوله : كالبعل المبيع أخضر والكرات والفجل ، أو كان المقصد فروعه ، فالأولى : جواز بيعه ، لأن المقصود منه ظاهر ، فأشبهه الشجر والحيطان التي لها أساسات مدفونة ، ويدخل مالم يظهر في البيع تبعاً ، فلا تضر جهاته ، كالحمل في البطن والبن في الضرع مع الحيوان ؛ وإن كان معظم المقصود منه أصوله لم يجوز بيعه في الأرض ، لأن الحكم للأغلب ، فإن تساوى لم يجوز لأن الأصل اعتبار الشرط في الجميع ، وإنما سقط اعتباره فيما كان معظم المقصود منه ظاهراً تبعاً ، ففيما عداه يبقى على الأصل .

(فصل) ويجوز بيع الجوز واللوز والباقلا الأخضر في قشرته مقطوعاً وفي شجره ، وبيع الحب المشتد في سنبله ، وبيع الطلاع قبل تشققه ، مقطوعاً على وجه الأرض وفي شجره ؛ وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي : لا يجوز حتى ينزع عنه قشره الأعلى ؛ إلا في الطلاع والسنبل في أحد القولين ؛ واحتج بأنه مستور بما لا يدخر عليه ولا مصلحة فيه ، فلم يجوز بيعه ، كتراب الصاغة والمعادن وبيع الحيوان المذبوح في سلخه .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، ففهمه إباحة بيعه إذا بدا صلاحه وأبيض سنبله ، ولأنه مستور بمائل من أصل خلقة فجاز بيعه كالرمان والبيض والقشر الأسفل ، ولا يصح قولهم : ليس من مصلحته ، فإنه لا قوام له في شجره إلا به ، والباقلا يؤكل رطباً وقشره يحفظ رطوبته . ولأن الباقل يباع في أسواق المسلمين من غير تكبير . فكان ذلك إجماعاً : وكذلك الجوز واللوز في شجرهما . والحيوان المذبوح يجوز في سلخه . فإنه إذا جاز بيعه قبل ذبحه وهو يراد للذبح . فكذلك إذا ذبح . كما أن الرمانة إذا جاز بيعها قبل كسرها فكذلك إذا كسرت

وأما تراب الصاغة والمعدن فلنا فيها منع ، وإن سلم فليس ذلك من أصل الخلقة
في تراب الصاغة ، ولا بقاءه فيه من مصلحته بخلاف مسألتنا .

« مسألة ، قال (وكذلك الرطبة كل جزء) »

وجملة ذلك : أن الرطبة وما أشبهها مما تثبت أصوله في الأرض ، ويؤخذ
ما ظهر منه بالقطع دفعة بعد دفعة كالنخاع والهندبا وشبهها لا يجوز بيعه إلا أن يبيع
الظاهر منه بشرط القطع في الحال ، وبذلك قال الشافعي ، وروى ذلك عن الحسن
وعطاء ، ورخص مالك في أن يشتري جزئين وثلاثا ، ولا يصح لأن ما في الأرض
منه مستور وما يحدث منه معدوم ، فلا يجوز بيعه ، كما لا يجوز بيع ما يحدث من
الثمرة فإذا ثبت هذا : فتى اشتراها قبل لم يجز له إبقاؤها لأن ما لم يظهر منها أعيان
لم يتناولها البيع ، فيكون ذلك للبائع إذا ظهر فيفضى إلى اختلاط المبيع بغيره ،
والثمرة بخلاف ذلك فإن آخرها حتى طالت فالحكم فيها كالثمرة إذا اشتراها قبل
بدو صلاحها ثم تركها حتى بدا صلاحها .

(فصل) وإن اشترى قصيلا من شعير ونحوه فقطعه ، ثم عاد فبنت ، فهو
لصاحب الأرض لأن المشتري ترك الأصل على سبيل الرض لها ، فسقط حقه
منها كما يسقط حق صاحب الزرع من السنبال التي يخلفها ولذلك أبيع لكل التقاطها
ولو سقط من الزرع حب ثم بنت من العام المقبل فهو لصاحب الأرض نص أحمد
على هاتين المسألتين ، وبما يؤكد ما قلنا : أن البائع لو أراد التصرف في أرضه بعد
فصل الزرع بما يفسد الأصول ويقطعها كان له ذلك ، ولم يملك المشتري منعه منه ،
ولو كان الباقي مستحقا له للملك منعه منه .

« مسألة ، قال (والحصاد على المشتري فإن شرطه على البائع بطل البيع) »

الكلام في هذه المسألة في فصلين .

الاول : أن من اشترى زرا . أو جزء من الرطبة ونحوها ، أو ثمرة في أصولها
فإن حصاد الزرع وجذ الرطبة وجزاز الثمرة وقطعها على المشتري لأن نقل المبيع
وتفريق ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع ، ويفارق
الكيل والوزن فإنهما على البائع لانهما من مؤنة التسليم إلى المشتري والتسليم

على البائع وههنا حصل التسليم بالتخلى بدون القطع بدليل جواز بيعها والتصرف فيها ، وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعى ، ولا أعلم فيه مخالفا .

الفصل الثانى : إذا شرطه على البائع ، فاختلف أصحابنا . فقال الحرقى : يبطل البيع ، وقال ابن أبى موسى . لا يجوز ، وقيل يجوز ، فإن قلنا : لا يجوز فهل يبطل البيع لبطلان الشرط ، على روايتين . وقال القاضى : المذهب جواز الشرط ، ذكره ابن حامد وأبو بكر ، ولم أجد هذا الذى ذكره الحرقى رواية فى المذهب ، واختلف أصحاب الشافعى أيضا . فقال بعضهم : إذا شرط الحصاد على البائع فسد البيع قولاً واحداً ، وقال بعضهم : يكون على قولين . فن أفسد قال : لا يصح لثلاثة معان ، أحدها أنه شرط العمل فى الزرع قبل أن يملكه ، والثانى : أنه شرط ما لا يقتضيه العقد ، والثالث : أنه شرط تأخير التسليم لأن معنى ذلك تسليمه مقطوعاً ، ومن أجازة قال . هذا بيع وإجارة لانه باعه الزرع وآجره نفسه على حصاده . وكل واحد منهما يصح لإفراده بالعقد فإذا جمعهما جاز كالعينين ، وقولهم . شرط العمل فيما لا يملكه يبطل بشرط رهن المبيع على الثمن فى البيع ، والثانى ، يبطل بشرط الرهن والكفيل والخيار ؛ والثالث . ليس بتأخير لانه يمكنه تسليمه قائماً ، ولأن الشرط من المتسلم فليس ذلك بتأخير التسليم ، فإذا فسدت هذه المعانى صح لما ذكرناه .

فان قيل فالبيع يخالف حكمه حكم الإجارة لأن الضمان ينتقل فى البيع بتسليم العين ، بخلاف الإجارة ، فكيف يصح الجمع بينهما ؟

قلنا كما يصح بيع الشقص والسيف وحكمهما مختلف فان الشفعة تثبت فى الشقص دون السيف ، ويجوز الجمع بينهما وقول الحرقى ان العقد ههنا يبطل ، يحتمل أن يختص بهذه المسألة وشبهها بما يفضى الشرط فيه إلى التنازع فان البائع ربما أراد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقية ، والمشتري يريد الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه فيفضى إلى التنازع ، وهو مفسدة ، فيبطل البيع من أجله ، ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعة البائع فى المبيع ، لما ذكرنا فى صدر المسألة ، والاول أولى لوجهين .

أحدهما : أنه قال في موضع آخر : ولا يبطل البيع بشرط واحد .

والثاني : أن المذهب أنه يصح اشتراط منفعة البائع في المبيع مثل أن يشتري ثوباً ويشترط على بائعه خياطته قبيصاً ، أو فلعة ويشترط حذوها نعلًا ، أو جرزة حطب ويشترط حملها إلى موضع معلوم ، نص عليه أحمد في رواية منها وغيره ، حتى قال القاضي : لم أجد بما قال الخرق رواية في أنه لا يصح ، واحتج أحمد بأن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي جرزة حطب وشارطه على حملها ، وبه قال إسحاق وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن يشتري فلعة ويشترط على البائع تشريكها وحكي عن أبي ثور والثوري : أنها أبطلا العقد بهذا الشرط لانه شرط فاسد ، فأشبهه سائر الشروط الفاسدة ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيع وشرط » .

ولنا ما تقدم : ولم يصح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ، إنما الصحيح « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شرطين في بيع ، كذا ذكره الترمذي وهذا دال بمفهومه على جواز الشرط الواحد ، قال أحمد : إنما النهي عن شرطين في بيع ، أما الشرط الواحد فلا بأس به .

فصل

ولا بد من كون المنفعة معلومة لها ليصح اشتراطها لأننا نزلنا ذلك منزلة الإجارة ، فلو اشترط حمل الحطب إلى منزله والبائع لا يعرف منزله لم يصح ، ولو اشترط حذوها نعلًا فلا بد من معرفة صفتها كما لو استأجره على ذلك ابتداء ، قال أحمد : في الرجل يشتري النعل على أن يحذوها جائز إذا أراد الشراك وإن تعذر العمل بتلف المبيع قبله أو بموت البائع انفسخت الإجارة ورجع المشتري عليه بعوض ذلك ، وإن تعذر بمرض أقيم مقامه من يعمل العمل والاجرة عليه كقولنا في الإجارة .

(فصل) ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة ، مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكانها شهراً ، أو جملًا ويشترط ظهره إلى مكان معلوم ، أو عبداً ويستثنى خدمته سنة ، نص على هذا أحمد ، وهو قول الاوزاعي وإسحاق وأبي ثور

وابن المنذر ، وقال الشافعي وأصحاب الرأي : لا يصح الشرط لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ولأنه ينافي مقتضى البيع فأشبهه ما لو شرط أن لا يسلمه وذلك لأنه شرط تأخير تسليم المبيع الى أن يستوفي البائع منفعته ولأن مقتضى البيع ملك المبيع ومنافعه ، وهذا الشرط ينافيه ، وقال ابن عقيل : فيه رواية ثانية : أنه يبطل البيع والشرط نقلها عبد الله بن محمد الفقيه في الرجل يشتري من الرجل جارية ، ويشترط أن تخدمه فالبيع باطل وهذه الرواية لا تدل على محل النزاع في هذه المسألة فإن اشتراط خدمة الجارية باطل لوجوبه .
أحدهما . أنها مجبولة وإطلاقها يقتضي خدمتها أبداً وهذا لا خلاف في بطلانه إنما الخلاف في اشتراط منفعة معلومة .

الثاني . أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها ، فيفضي الى الحلوة بها والخطر برؤيتها وصحبتها ، ولا يوجد هذا في غيرها ، ولذلك منع اعارة الجارية الشابة لغير محرما ، وقال مالك : اذا اشترط ركوبا الى مكان قريب جاز وإن كان الى مكان بعيد كره لان السير تدخله المسامحة .

ولنا ما روى جابر ، أنه باع النبي صلى الله عليه وسلم جملا واشترط ظهره الى المدينة ، وفي لفظ قال : فبعته بأوقية ، واستثنيت حملانه الى أهلي ، متفق عليه . وفي لفظ قال : فبعته منه بخمس أواق ، قال قلت : على أن لي ظهره الى المدينة ، قال : ولك ظهره الى المدينة ، ورواه مسلم ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم ، وهذه معلومة ولأن المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري فيما اذا اشترى نخلة مؤبرة أو أرضا مزروعة ، أو داراً مؤجرة أو أمة مزوجة ، لحاز أن يستثنى كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير ، ولم يصح نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، وإنما نهى عن شرطين في بيع ففهموه اباحة الشرط الواحد وقياسهم ينتقض باشتراط الخيار والتأجيل في الثمن (فصل) وان باع أمة واستثنى وطئها مدة معلومة لم يجوز لان الوطء لا يباح

في غير ملك أو نكاح لقوله تعالى (٢٣ ، ٤ - ٧) والذين هم لقروجهم حافظون * الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين * فمن استغنى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وفارق اشتراط وطء المكاتبه حيث نبيحه لان المكاتبه

ملوكة ، فيستباح وطؤها بالشرط في المحل المملوك ، واختار ابن عقيل : أنه لا يباح وطؤها أيضاً ، وهو قول أكثر الفقهاء .

(فصل وإن باع المشتري العين المستثناة منفعتها صح البيع ، وتكون في يد المشتري الثاني مستثناة أيضاً فإن كان عالماً بذلك فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار ، كما لو اشترى معيها يعلم عيبه فإن لم يعلم فله خيار الفسخ لأنه عيب ، فهو كما لو اشترى أمة مزوجة أو داراً مؤجرة وإن أتلف المشتري العين فعليه أجر المثل لتفويت المنفعة المستحقة لغيره وثمان المبيع وإن تلفت العين بتفريطه فهو كتلفها بفعله ، نص عليه أحمد ، وقال : يرجع البائع على المبتاع بأجرة المثل . قال القاضي : معناه عندى القدر الذى نقصه البائع لأجل الشرط ، وظاهر كلام أحمد خلاف هذا لأنه يضمن ما فات بتفريطه ، فضمنه بعوضه وهو أجرة المثل ، فأما إن تلفت بغير فعله ولا بتفريطه لم يضمن .

قال الأثرم . قلت لأبي عبد الله : فعلى المشتري أن يحمله على غيره لأنه كان له حملان ؟ قال : لا ، إنما شرط هذا عليه بعينه ولأنه لم يملكها البائع من جهته فلم يلزمه عوضها ، كما لو تلفت النخلة المؤجرة بشمرتها . أو غير المؤجرة ، إذا اشترط البائع ثمرتها ، وكما لو باع حائطا واستثنى منه شجرة بعينها فتلفت ، وقال القاضي : عليه ضمانها ، أخذاً من عموم كلام أحمد ، وإذا تلفت العين رجع البائع على المبتاع بأجرة المثل ، وهو محمول على حالة التفريط على ما ذكرنا .

فصل

وإذا اشترط البائع منفعة المبيع وأراد المشتري أن يعطيه ما يقوم مقام المبيع في المنفعة ، أو يعوضه عنها لم يلزمه قبوله ، وله استيفاء المنفعة من غير المبيع ، نص عليه أحمد ، لأن حقه تعلق بها ، فأشبه ما لو استأجر عينا فبذل له الآخر مثلها ولأن البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع تلك العين ، فلا يجبر على قبول عوضها فإن تراضيا على ذلك جاز ، لأن الحق لهما ولا يخرج عنها وإن أراد البائع إعاره العين أو إيجارها لمن يقوم مقامه فله ذلك في قياس المذهب لأنها منافع مستحقة له ، فملك ذلك فيها كمنافع الدار المستأجرة والموصى بمنافعها ولا يجوز إيجارها إلا لمثله في الانتفاع فإن أراد إيجارها أو إعارتها لمن يضر بالعين بانتفاعه لم يجز

ذلك ، كما لا يجوز له إجارة العين المستأجرة لمن لا يقوم مقامه ، ذكر ذلك ابن عقيل .

(فصل) إذا اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع فأقام البائع مقامه من يعمل العمل فله ذلك لأنه هنا بمنزلة الاجير المشتري يجوز أن يعمل العمل بنفسه وبمن يقوم مقامه ، وإن أراد بذل العوض عن ذلك لم يلزم المشتري قبوله ، وإن أراد المشتري أخذ العوض عنه لم يلزم البائع بذله لأن المعاوضة عقد تراض فلم يجبر عليه أحد ، وإن تراضيا عليه احتمل الجواز لأنها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها ، فإذا ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها كما لو استأجرها ، وكما يجوز أن يؤثر المنافع الموصى بها من ورثة الموصى ويحتمل أن لا يجوز لأنه مشروط بحكم العادة والاستحسان لأجل الحاجة فلم يجز أخذ العوض عنه كالقرض فإنه يجوز أن يرد في الخبز والخبز أقل أو أكثر ، ولو أراد أن يأخذ بقدر خبزه وكسره بقدر الزيادة الجائزة لم يجز ولأنه أخذ عوض عن مرفق معتاد جرت العادة بالعفو عنه دون أخذ العوض فأشبه المنافع المستثناة شرعا وهو ما لو باع أرضا فيها زرع للبائع واستحق تبقيته إلى حين الحصاد فلو أخذه قصيلا لينتفع بالأرض إلى وقت الحصاد لم يكن له ذلك .

(فصل) ولو قال : بعتك هذه الدار وأجرتكها شهرا لم يصح لأنه إذا باعه فقد ملك المشتري المنافع فإذا أجره إياها فقد شرط أن يكون له بدل في مقابلة ما ملكه المشتري فلم يصح ، قال ابن عقيل وقد روى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان ، ومعناه أن يستأجر طحانا ليطحن له كراء بقفيز منه ، فيصير كأنه شرط عمله في القفيز عوضا عن عمله في باقي الكراء المطحون ويحتمل الجواز بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع .

(فصل) وإن شرط في المبيع إن هو باعه فالبائع أحق به بالثمن فروى المروزي عنه أنه قال في معنى حديث النبي (ص) لا شرطان في بيع ، يعني أنه فاسد لأنه شرط أن يبيعه إياه وأن يعطيه إياه بالثمن الاول فيها شرطان في بيع النبي عنها ، ولأنه يناقض مقتضى العقد لأنه شرط أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنه فهو كمالو شرط أن لا يبيعه

إلا من فلان ، أو أن لا يبيعه أصلاً ، وروى عنه اسماعيل بن سعيد : البيع جائز ، لما روى عن ابن مسعود أنه قال : « ابتعت من امرأة زينب الشفوية جارية ، وشرطت لها أن يعتقها فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به ، فذكرت ذلك لعمر فقال : لا تقر بها ولا أحد فيها شرط . »

قال اسماعيل : فذكرت لأحمد الحديث ، فقال البيع جائز ، ولا تقر بها لأنه كان فيها شرط واحد للبراءة ، ولم يقل عمر في ذلك البيع فاسد فحمل الحديث على ظاهره وأخذ به ، وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته ، والقياس يقتضي فساد ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروزي على فساد الشرط ، وفي رواية اسماعيل بن سعيد على جواز البيع . فيكون البيع صحيحاً والشرط فاسداً ، كما لو اشترها بشرط أن لا يبيعه .

وقول أحمد : لا تقر بها ، قد روى مثله فيمن اشترط في الأمة أن لا يبيعه ولا يهبها ، أو شرط عليه ولأهلها ولا يقر بها ، والبيع جائز ، واحتج بحديث عمر : لا تقر بها ولا أحد فيها مشنوية .

قال القاضي : وهذا على الكراهة لا على التحريم ، قال ابن عقيل : عندي أنه إنما منع من الوطء لمكان الخلاف في العقد ، لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب .

مسألة ، قال (وإذا باع حائطا واستثنى منه صاعاً لم يجز ، وإن استثنى منه نخلة أو شجرة بغينها جاز)

الكلام في هذه المسألة في فصلين : أحدهما (أنه إذا باع ثمرة بستان واستثنى صاعاً أو أصعاً أو ممدأً أو أمداداً أو باع صبرة واستثنى منها مثل ذلك لم يجز وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن والشافعي والاوزاعي وإسحق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى : أنه يجوز وهو قول ابن سيرين وسالم بن عبد الله ومالك لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثنيا إلا أن تعلم » رواه الترمذي وقال : هو حديث حسن صحيح وهذه ثنيا معلومة ولأنه استثنى معلوماً أشبه ما إذا استثنى منها جزءاً .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهي عن الثنيا » رواه البخاري ولأن المبيع معلوم
بالمشاهدة لا بالقدر ، والاستثناء يغير حكم المشاهدة لأنه لا يدري كم يبقى في حكم
المشاهدة ، فلم يجوز ويخالف الجزء فإنه لا يغير حكم المشاهدة ، ولا يمنع المعرفة بها .

فصل

وإن باع شجرة أو نخلة واستثنى أرطالا معلومة فالحكم فيه كما لو باع حائطا
واستثنى أصعا ، وقال القاضي في شرحه : يصح لأن الصحابة رضی الله عنهم أجازوا
استثناء سواقط الشاة ، والصحيح . ما ذكرناه ، وهذا أشبه بمسألة الصاع من الحائط
ولها أقرب ، والمعنى الذى ذكرناه فيها متحقق ههنا فلا يصح والله أعلم .

الفصل الثانى : أنه إذا استثنى نخلة أو شجرة بعينها جاز ، ولا تعلم في ذلك خلافا
وذلك لأن المستثنى معلوم ، ولا يؤدى إلى جهالة المستثنى منه ، وإن استثنى شجرة
غير معينة لم يجوز لأن الاستثناء غير معلوم فصار المبيع والمستثنى مجهولين ، وروى
عن ابن عمر « أنه باع ثمرته بأربعة آلاف واستثنى طعام القيان » وهذا يحتمل أنه
استثنى نخلا معينة بقدر طعام القيان لأنه لو حل على غير ذلك كان مخالفا لنهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن الثنيا إلا أن تعلم ولأن المستثنى منى كان مجهولا لزم
أن يكون الباقي بعده مجهولا فلا يصح بيعه كما لو قال : بعتك من هذه الثمرة
طعام القيان .

(فصل) وإن استثنى جزءا معلوما من الصبرة أو الحائط مشاعا كثلث أو ربع
أو أجزاء كسبعين أو ثلاثة أثمان صح البيع والاستثناء ذكره أصحابنا وهو مذهب
الشافعى ، وقال أبو بكر وابن أبى موسى : لا يجوز .

ولنا أنه لا يؤدى إلى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه فصح ، كما لو اشترى
شجرة بعينها وذلك لأن معنى بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها أى بعتك ثلثها . وقوله
إلا ربعها ، معناه بعتك ثلاثة أرباعها ، ولو باع حيوانا واستثنى ثلثه جاز ، وكان
معناه بعتك ثلثيه ، ومنع منه القاضي أبو يعلى . قياسا على استثناء الشحم ولا يصح
لأن الشحم مجهول لا يصح إفراده بالبيع ، وهذا معلوم ، ويصح إفراده بالبيع فصح
استثناءه كالشجرة المعينة بقياس المعلوم على المجهول فى الفساد لا يصح فعل هذا
بصيران شريكين فيه ، للبشرى ثلثه وللبائع ثلثه .

(فصل)

فان قال : بعتك قفيزاً من هذه الصبرة إلا مكوكا جاز لأن القفيز معلوم والمكوك معلوم فلا يفضى إلى الجهالة ، ولو قال : بعتك هذه الثمرة بأربعة دراهم إلا بقدر درهم صح لأن قدره معلوم من المبيع وهو الربع فكأنه قال : بعتك ثلاثة أرباع هذه الثمرة بأربعة دراهم ، ولو قال : إلا ما يساوى درهما لم يصح لأن ما يساوى الدرهم قد يكون الربع أو أكثر أو أقل ، فيكون مجهولاً فيبطل .

(فصل) وان باع قطيعاً واستثنى منه شاة بعينها صح ، وان استثنى شاة غير معينة لم يصح ، نص عليه ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك : يصح أن يبيع مائة شاة إلا شاة يختارها ، أو يبيع ثمرة حائطه ويستثنى ثمرة نخلات بعدها .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن الثنيا إلا أن تعلم » ، و « نهى عن بيع الغرر » ، ولأنه مبيع مجهول والمستثنى منه مجهول فلم يصح ، كما لو قال : إلا شاة مطلقة ولأنه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال : بعتك شاة تختارها من القطيع . وضابط هذا الباب : أنه لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه مفرداً أو بيع ماعداه مفرداً عن المستثنى ، ونحو هذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ، إلا أن أصحابنا استثنوا من هذا سواقط الشاة وجلدها للأثر الوارد فيه والحمل على رواية الجواز لفعل ابن عمر ، وما عدا هذا فيبقى على الأصل .

(فصل) وان باع حيواناً ما كولا واستثنى رأسه وجلده وأطرافه وسواقطه صح ، نص عليه أحمد ، وقال مالك : يصح في السفر دون الحضر لأن المسافر لا يمكنه الانتفاع بالجلد والسواقط ، فجوز له شراء اللحم دونها ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يجوز ، لأنه لا يجوز إفراده بالعقد فلم يجز استثنائه كالحمل .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن الثنيا إلا أن تعلم » ، وهذه معلومة ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما هاجر إلى المدينة ومعه أبو بكر وعامر ابن فيرة مروا براعي غنم ، فذهب أبو بكر وعامر فاشتريا منه شاة ، وشرطا له سلبها .

وروى أبو بكر في الشافي بإسناده عن جابر عن الشعبي قال « قضى زيد بن ثابت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بقرة باعها رجل واشترط رأسها »

فقضى بالشروى ، يعنى أن يعطى رأساً مثل رأس ، ولأن المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح ، كما لو باع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة ، وكونه لا يجوز لإفراده بالبيع يطل بالثمرة قبل التأخير لا يجوز إفرادها بالبيع بشرط التبقية ؛ ويجوز استثناءها والحمل مجبول . ولنا فيه منع ، فإن امتنع المشتري من ذبحها لم يجبر عليه . ولزمه قيمة ذلك على التقريب ، نص عليه لما روى عن علي (رض) «أنه قضى في رجل اشترى ناقة وشرط ثنيها ، فقال اذهبوا إلى السوق ، فإذا بلغت أقصى ثمنها فأعطوه حساب ثنيها من ثمنها ،

فصل

فإن استثنى شحم الحيوان لم يصح ، نص عليه أحمد ، قال أبو بكر : لا يختلفون عن أبي عبد الله أنه لا يجوز ذلك ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم «نهى عن الثنينا إلا أن تعلم ، ولأنه مجبول لا يصح إفراده بالبيع ، فلم يصح استثناءه كمنفعتها ؛ وإن استثنى الحمل لم يصح استثناءه لذلك ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك والثوري والشافعي ، وقد نقل عن أحمد صحته ، وبه قال الحسن والنخعي وإسحاق وأبو ثور لما روى نافع عن ابن عمر «أنه باع جارية واستثنى ما في بطنها ، ولأنه يصح استثناءه في العتق ، فصح في البيع قياساً عليه .

ولنا ما تقدم . والصحيح من حديث ابن عمر «أنه أعتق جارية واستثنى ما في بطنها ، لأن الثقات الحفاظ حدثوا الحديث فقالوا «أعتق جارية ، والاسناد واحد ، قاله أبو بكر . ولا يلزم من الصحة في العتق الصحة في البيع ، لأن العتق لا تمنعه الجهالة ولا العجز عن التسليم ، ولا يعتبر فيه شروط البيع .

(فصل) وإن باع جارية حاملاً بحر ، فقال القاضي : لا يصح ؛ وهو مذهب الشافعي ، لأنه لا يدخل في البيع ، فكانه مستثنى ، والأولى صحته . لأن المبيع معلوم ، وجهالة الحمل لا تضر من حيث أنه ليس بمبيع ولا مستثنى باللفظ ، وقد يستثنى بالشرع ما لا يصح استثناءه باللفظ ، كما لو باع أمة مزوجة صح ، ووقعت منفعة البضع مستثناة بالشرع ، ولو استثنائها باللفظ لم يجز ، ولو باع أرضاً فيها زرع للبائع ؛ أو نخلة مؤجرة لوقعت منفعتها مستثناة مدة بقاء الزرع والثمرة ، ولو استثنائها بقوله لم يجز .

(فصل) ولو باع داراً الا ذراعاً وهما يعلنان ذرعان الدار جاز ، وكان مستثنياً جزءاً مشاعاً منها ، لانه جزء معلوم يصح لإفراده بالبيع فجاز استثنائه كثلثها وربعها وإن لم يعلنا لم يجز ، لانه مجهول لا يجوز لإفراده بالبيع ، ولانه استثنى معلوم المقدار من مبيع معلوم بالمشاهدة ، فلم يجز كاستثناء الصاع من ثمرة الحائط والقفيز من الصبرة وهكذا الحكم إذا باعه ضيعة إلا جريباً ، فتي علنا جريبان الضيعة صح ، والا فلا

(فصل) وإذا باع سمياً واستثنى الكسب لم يجز ، لانه قد باعه الشيرج في الحقيقة ، وهو غير معلوم ، فإنه غير معين ولا موصوف ، ولان النبي : (ص) « نهى عن الثنيا الا أن تعلم ، وكذا لو باعه قطناً واستثنى الحب ، لم يجز للجهالة ذلك ، ولان المستثنى غير معلوم ، ولو باعه السمسم واستثنى الشيرج ، لم يجز كذلك

(فصل)

ولو باعه بدينار الا درهما ، أو الا قفيزاً من حنطة أو شعير ، لم يصح البيع لانه قصد رفع قدر المستثنى من المستثنى منه ، وقدر ذلك مجهول ، فيصير الثمن مجهولاً

« مسألة » قال (وإذا اشترى ثمرة دون الاصل فتلفت بجائحة من السماء رجع بها على البائع)

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

الاول : أن ما تهللكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع ، وبهذا قال أكثر أهل المدينة ، منهم يحيى بن سعيد الاتصاري ومالك وأبو عبيد وجماعة من أهل الحديث ، وبه قال الشافعي في القديم ، وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري ، لما روى « أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت : ان ابني اشترى ثمرة من فلان ، فأذهبتها الجائحة ، فسألته أن يضع عنه ، فتألى أن لا يفعل ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : تألى فلان أن لا يفعل خيراً ، متفق عليه . ولو كان واجباً لأجبره عليه ، لان التولية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان ، كالنقل والتحويل ؛ ولانه لا يضمنه اذا أتلفه آدمي كذلك لا يضمنه بإتلاف غيره .

ولنا ما روى مسلم في صحيحه عن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر

بوضع الجوائح ، وعنه قال . قال رسول الله (ص) « ان بعث من أخيك ثمرأ فأصابته جائحة ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ، ثم تأخذ مال أخيك بغير حق ، رواه مسلم وأبو داود ، ولفظه « من باع ثمرأ فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً ، علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ؟ » وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه ، قال الشافعي : لم يثبت عندي أن رسول الله (ص) أمر بوضع الجوائح ، ولو ثبت لم أعدّه ، ولو كنت قائلاً بوضعها لوضعتها في القليل والكثير .

قلنا . الحديث ثابت ، رواه الائمة . منهم الامام أحمد ويحيى بن معين وعلي بن حرب وغيرهم عن ابن عينة عن حميد الاعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر ورواه مسلم في صحيحه وأبو داود في سننه وابن ماجه وغيرهم ، ولا حجة لهم في حديثهم ، فإن فعل الواجب خير ، فإذا تآلى أن لا يفعل الواجب فقد تآلى ألا يفعل خيراً ، فأما الاجبار فلا يفعله النبي (ص) بمجرد قول المدعى من غير اقرار من البائع ، ولا حضور . ولأن التخلية ليست بقبض تام . بدليل ما لو تلفت بعطش عند بعضهم . ولا يلزم من اباحة التصرف تمام القبض ، بدليل المنافع في الاجارة بإباحة التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر كذلك الثمرة . فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالاً خالاً . وقياسهم يبطل بالتخلية في الاجارة .

الفصل الثاني : أن الجائحة كل آفة لا صنع للأدى فيها كالريح والبرد والجراد والعطش . لما روى الساجي بإسناده عن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجائحة . والجائحة تكون في البرد والجراد ، وفي الحبق والسيل ، وفي الريح ، وهذا تفسير من الراوى لكلام النبي صلى الله عليه وسلم . فيجب الرجوع اليه ، وأما ما كان بفعل آدمي . فقال القاضي : المشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بائناً . وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة . لأنه أمكن الرجوع يبدله بخلاف الثالث بالجائحة .

الفصل الثالث : أن ظاهر المذهب : أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها . الا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا يضبط فلا يلتفت اليه . قال أحد : اني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ؛ ولا أدري ما الثلث ؟

ولكن إذا كانت جائحة تعرف الثلث أو الربع أو الخمس توضع ، وفيه رواية أخرى أن ما كان بعد دون الثلث فهو من ضمان المشتري ، وهو مذهب مالك والشافعي في القديم ، لأنه لا بد أن يأكل الطير منها وتنتثر الريح ، ويسقط منها ، فلم يكن بد من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة ، والثلث قد رأينا الشرع اعتبره في مواضع ، منها الوصية وعطايا المريض ، وتساوى جراح المرأة جراح الرجل الى الثلث .

قال الأثرم : قال أحد : إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة ، ولأن الثلث في حد الكثرة وما دونه في حد القلة بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم في الوصية « الثلث ، والثلث كثير » فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة . فلهذا قدر به .

ووجه الأول . عموم الأحاديث ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ، وما دون الثلث داخل فيه فيجب وضعه ، ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع ، وإن كان قليلا كالتى على وجه الأرض وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر في العادة ، ولا يسمى جائحة ، فلا يدخل في الخبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة ، فكأنه مشروط .

إذا ثبت هذا فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من أثن بقدر الذهاب ، فإن تلف الجميع بطل العقد ، ويرجع المشتري بجميع الثمن ، وأما على الرواية الأخرى : فإنه يعتبر ثلث المبلغ ، وقيل : ثلث القيمة ، فإن تلف الجميع أو أكثر من الثلث رجع بقيمة التالف كله من أثن ، وإذا اختلفا في الجائحة أو قدر ما أتلف فالقول قول البائع ، لأن الأصل السلامة ، ولأنه ، غارم والقول في الأصول قول الغارم .

(فصل)

فإن بلغت الثمرة أو انجزها فلم يجزها حتى اجتمعت ، فقال القاضي : عندى لا يوضع عنه ، لأنه مفروط بترك النقل في وقته مع قدرته ، فكان الضمان عليه ، ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ، فأمكنه قطعها فلم يقطعها

حتى تلفت فهي من ضمانه ، لأن تلفها بتفريطه ، وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهي من ضمان بائعها كالمسألة فيها .

(فصل) إذا استأجر أرضا فزرعها فتلف الزرع فلا شيء على المؤجر ، نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا ، لأن المعقود عليه منافع الأرض ولم تتلف وإنما تلف مال المستأجر فيها فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثيابا فتلفت الثياب فيها .

« مسألة » قال (وإذا وقع البيع على مكيل أو على موزون أو معدود فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع)

ظاهر كلام الحرقى أن المكيل والموزون والمعدود لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه ، سواء كان متعينا كالصبرة أو غير متعين كقفيز منها ، وهو ظاهر كلام أحمد ونحوه قول إسحاق

وروى عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد بن أبي سليمان : أن كل ما يبيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وما ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه . وقال القاضي وأصحابه : المراد بالمكيل والموزون والمعدود ما ليس بمتعین منه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة ومكيلة زيت من دن . فأما المتعين فيدخل في ضمان المشتري كالصبرة يبيعها من غير تسمية ككيل . وقد نقل عن أحمد ما يدل على قولهم ، فإنه قال في رواية أبي الحارث في رجل اشترى طعاما فطلب من يحمله فرجع وقد احترق الطعام فهو من مال المشتري واستدل بحديث ابن عمر « ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المشتري » وذكر الجوز جاني عنه فيمن اشترى ما في السفينة صبرة ولم يسم كيلا فلا بأس أن يشرك فيها ويبيع ما شاء إلا أن يكون بينهما كيل فلا يولى حتى يكال عليه ، ونحو هذا قال مالك ، فإنه قال : ما يبيع من الطعام مكيلة أو موازنة لم يجوز بيعه قبل قبضه وما يبيع مجازقة أو يبيع من غير الطعام مكيلة أو موازنة جاز بيعه قبل قبضه ، ووجه ذلك ما روى الأوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر أنه سمع عبد الله بن عمر يقول « مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال

٧ - ٤ المغني

المتابع ، رواه البخارى عن ابن عمر من قوله تعليقا . وقول الصحابى « مضت السنة » يقتضى سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية فكان من مال المشتري كثير المكيل والموزون .

ونقل عن أحمد أن الملعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه ، سواء كان مكيلا أو موزونا أو لم يكن ، وهذا يقتضى أن الطعام خاصة لا يدخل فى ضمان المشتري حتى يقبضه ؛ فإن الترمذى روى عن أحمد أنه أرخص فى بيع مالا يكال ولا يوزن مالا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه

وقال الاثرم سألت أبا عبد الله عن قوله « نهى عن ربح ما لم يضمن » قال هذا فى الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب ، فلا يبيعه حتى يقبضه . قال ابن عبد البر : الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذى يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام ، وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الطعام قبل قبضه » ففهموه إباحة بيع ما سواه قبل قبضه

وروى ابن عمر قال « رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة فيضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتى يؤووه إلى رحالهم ، وهذا نصر فى بيع المعين ، وعموم قوله عليه السلام « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه » متفق عليهما . ولمسلم عن ابن عمر قال « كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا ، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه »

وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاما فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه ، ولو دخل فى ضمان المشتري جاز له بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض . وهذا يدل على تعميم المنع فى كل طعام مع تنصيبه على المبيع مجازفة بالمنع ، وهو خلاف قول القاضى وأصحابه ، ويدل بمفهومه أن ما عدا الطعام يخالفه فى ذلك

ووجه قول الحرقى أن الطعام المنهى عن بيعه قبل قبضه لا يكاد يخلو من كونه مكيلا أو موزونا أو معدودا ، فتعلق الحكم بذلك كتعلق ربا الفضل به ، ويحتمل أنه أراد المكيل والموزون والمعدود من الطعام الذى ورد النص بمنع بيعه ؛ وهذا أظهر دليلا وأحسن

إذا ثبت هذا فإنه إن تلف المبيع من ذلك قبل قبضه بأفة سماوية بطل العقد

ورجع المشتري بالثمن ، وإن تلف بفعل المشتري استقر الثمن عليه وكان كالقبض لانه تصرف فيه ، وإن أتلّفه أجنبي لم يطل العقد على قياس قوله في الجائحة ، ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن ، لأن التلف حصل في يد البائع فهو كحدوث العيب في يده ، وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل أن كان مثليا ، وبهذا قال الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا ، وإن أتلّفه البائع فقال أصحابنا : الحكم فيه كما لو أتلّفه أجنبي ، لانه أتلّفه من يلزمه ضمانه ، فأشبه ما لو أتلّفه أجنبي وقال الشافعي : يفسخ العقد ويرجع المشتري بالثمن لا غير ، لانه تلف بضمنه به البائع فكان الرجوع عليه بالثمن كالتلف بفعل الله تعالى ، وفرق أصحابنا بينهما بكونه إذا تلف بفعل الله تعالى لم يوجد مقتضى الضمان سوى حكم العقد ، بخلاف ما إذا أتلّفه فإن اتلافه يقتضى الضمان بالمثل ؛ وحكم العقد يقتضى الضمان بالثمن فكانت الخيرة الى المشتري في التضمنين بأيهما شاء

فصل

ولو تعيب في يد البائع أو تلف بعضه بأمر سماوى فالمشتري غير بين قبوله ناقصاً ولا شيء له ، وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن . لانه ان رضيه معيبا فكأنه اشترى معيبا هو عالم بعيبه . ولا يستحق شيئا من أجل العيب . وإن فسخ العقد لم يكن له أكثر من الثمن ، لانه لو تلف المبيع كله لم يكن له أكثر من الثمن فاذا تعيب أو تلف بعضه كان أولى وإن تعيب بفعل المشتري أو تلف بعضه لم يكن له فسخ لذلك ، لانه أتلّف ملوكه فلم يرجع على غيره . وإن كان ذلك بفعل البائع فقياس قول أصحابنا أن المشتري غير بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين أخذه والرجوع على البائع بعوض ما أتلّف أو عيب . وقياس قول الشافعي أن يكون بمنزلة ما لو تلف بفعل الله تعالى ؛ وإن كان بفعل أجنبي فله الخيار بين الفسخ والمطالبة بالثمن وبين أخذ المبيع ومطالبة المتلف بعوض ما أتلّف

(فصل) ولو باع شاة بشعير فأكلته قبل قبضه ، فإن كانت في يد المشتري فهو كما لو أتلّفه ، وإن كانت في يد البائع فهو بمنزلة اتلافه له . وكذلك إن كانت في يد أجنبي فهو كاتلافه . فإن لم تكن في يد أحد انفسخ البيع . لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب الى آدمي فهو كتلفه بفعل الله تعالى

(فصل)

ولو اشترى شاة أو عبداً أو شقصاً بطعام فقبض الشاة أو العبد أو باعهما أو أخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه انفسخ العقد الأول دون الثاني ولا يبطل الأخذ بالشفعة لأنه كحل قبل فسخ العقد ، ويرجع المشتري الطعام على مشتري الشاة والعبد والشقص بقيمة ذلك لتعذر رده ، وعلى الشفيع مثل الطعام ، لأنه عوض الشقص

« مسألة » قال (وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض ، وإن تلف فهو من مال المشتري)

يعنى ما عدا المكبل والموزون والمعدود فإنه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه . وقال أبو حنيفة : كل مبيع تلف قبل قبضه من ضمان البائع إلا العقار . وقال الشافعي : كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري . وجكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى كقوله ، لأن ابن عباس قال « أرى كل شيء بمنزلة الطعام ، ولأن التسليم واجب على البائع لأنه في يده فاذا تعذر بتلفه انفسخ العقد كالمكبل والموزون والمعدود .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » وهذا المبيع نمائوه للمشتري فضمانه عليه ، وقول ابن عمر « مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموراً فهو من مال المبتاع ، ولأنه لا يتعلق به حق توفية ، وهو من ضمانه بعد قبضه فكان من ضمانه قبله كالميراث ، وتخصيص النبي صلى الله عليه وسلم الطعام بالثنى عن يمينه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له

(فصل) والمبيع بصفة أو رؤية متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع لأنه يتعلق به حق توفية فخرى مجرى المكبل والموزون : قال أحمد : لو اشترى من رجل عبداً بعينه فمات في يد البائع فهو من مال المشتري إلا أن يطلبه فيمنعه البائع فهو ضمان لقيمته حين عطب ؛ ولو حبسه بقيمة الثمن فهو غاصب ولا يكون رهناً إلا أن يكون قد اشترط عليه في نفس الرهن

(فصل) وقبض كل شيء بحسبه ، فإن كان مكيلاً أو موزوناً يبع كميلاً أو وزناً

فقبضه بكيله وونه ، وبهذا قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : التخلية في ذلك قبض وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز ، لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضا له كالعقار ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله (ص) قال « اذا بعث ففكك واذا ابتعت فاكتل » رواه البخاري ، وعن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان : صاع البائع وصاع المشتري » رواه ابن ماجه . وهذا فيما يبيع كيلا وان يبيع جزافا فقبضه نقله ، لأن ابن عمر قال « كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اشتروا طعاما جزافا أن يبيعه في مكانه حتى يحولوه » وفي لفظ « كنا نبتاع الطعام جزافا فيبعث علينا من يأمرنا باتباعه من مكانه الذي ابتعناه الى مكان سواه قبل أن نبيعه » وفي لفظ « كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا ، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله » رواه ابن مسلم

وهذا يبين أن الكيل انما وجب فيما يبيع بالكيل . وقد دل على ذلك أيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا سميت الكيل فكل » رواه الاثرم ، وإن كان المبيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد ، وإن كان ثيابا فقبضها نقلها ، وإن كان حيوانا فقبضه تمشيته من مكانه ، وإن كان مما لا ينقل ويحول فقبضه التخلية بينه وبين مشتريه لا حائل دونه ، وقد ذكره الحرق في باب الرهن فقال : ان كان مما ينقل فقبضه أخذه اياه من راهنه منقولا ، وإن كان مما لا ينقل فقبضه تخلية راهنه بينه وبين مرتهنه لا حائل دونه ، ولأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه الى العرف ، كالإحراز والفرق ، والعادة في قبض هذه الاشياء ما ذكرنا

(فصل)

وأجرة الكيال والوزان في المكيل والموزون على البائع ، لأن عليه تقبيض المبيع للمشتري ، والقبض لا يحصل الا بذلك فكان على البائع ؛ كما أن على بائع الثمرة سقيها ، وكذلك أجرة الذي يعد المعدودات . وأما نقل المنقولات وما أشبهه فهو على المشتري لأنه لا يتعلق به حق توفية ، نص عليه أحمد (فصل) ويصح القبض قبل نقد الثمن وبعده ، باختيار البائع وبغير اختياره

لأنه ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن ولأن التسليم من مقتضيات العقد .
فتى وجد بعده وقع موقعه كقبض الثمن .

« مسألة ، قال (ومن اشترى ما يحتاج إلى قبضه لم يجوز بيعه حتى يقبضه) »

قد ذكرنا الذي لا يحتاج إلى قبض والخلاف فيه ، وكل ما يحتاج إلى قبض إذا اشتراه لم يجوز بيعه حتى يقبضه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه » متفق عليه ، ولأنه من ضمان بائعه فلم يجوز بيعه كالسلم ، ولم أعلم بين أهل العلم خلافا ، إلا ما حكى عن النبي أنه قال : لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه .

وقال ابن عبد البر : وهذا قول مرود بالسنة والحجة المجمع على الطعام ، وأظنه لم يبلغه هذا الحديث ، ومثل هذا لا يلتفت إليه ، وأما غير ذلك فيجوز بيعه قبل قبضه في أظهر الروايتين ، ويروى مثل هذا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وسعيد بن المسيب والحكم وحماد والأوزاعي وإسحاق وعن أحمد رواية أخرى : لا يجوز بيع شيء قبل قبضه ، اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن ابن عباس ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، إلا أن أبا حنيفة أجاز بيع العقار قبل قبضه .

واحتجوا بنبي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه ، وبما روى أبو داود « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم » وروى ابن ماجه « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء الصدقات حتى تقبض » وروى « أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث عتاب ابن أسيد إلى مكة قال : انهم عن بيع ما لم يقبضوه وعن ربح ما لم يضمّنوه ، ولأنه لم يتم الملك عليه ، فلم يجوز بيعه كغير المتعين أو كالمكيل والموزون .

ولنا ما روى ابن عمر قال « كنا نبيع الإبل بالبيع بالدرهم فتأخذ بدل الدرهم الدنانير ، ونبيعه بالدنانير فتأخذ بدلها الدرهم » ، فسألنا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ؟ فقال « لا بأس إذا تفرقتا وليس بينهما شيء » وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه ، وهو أحد العوضين ، وروى ابن عمر « أنه كان على بكر صعب — يعني لعمر — فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر « بعنيه » فقال : هو لك

يا رسول الله ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم ، هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت ، وهذا ظاهره التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه ، واشترى من جابر جملة ونقده ثمنه ثم وهبه إياه قبل قبضه ، ولأنه أحد نوعي المعقود عليه ، فجاز التصرف فيه قبل قبضه ، كالمنافع في الإجارة فإنه يجوز له إجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع ، ولأنه مبيع لا يتعلق به حق توفية فصحه يبعه كالمال في يد مودعه أو مضاربه ، فأما أحاديثهم فقد قيل : لم يصح منها إلا حديث الطعام ، وهو حجة لنا بمفهومه فإن تخصيصه الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على إباحة ذلك فيما سواه وقولهم : لم يتم الملك عليه : ممنوع فإن السبب المقنض للملك متحقق ، وأكثر ما فيه تخلف القبض ، واليد ليست شرطاً في صحة البيع بدليل جواز بيع المال المودع والموروث والتصرف في الصداق وعوض الخلع عند أبي حنيفة .

فصل

وما لا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز بيعه لبائعه لعموم الخبر فيه ، قال القاضي : ولو ابتاع شيئاً مما يحتاج إلى قبض ، فلقبه ببلد آخر لم يكن له مطالبته ولا أخذ بدله وإن تراضيا لأنه مبيع لم يقبض فإن كان مما لا يحتاج إلى قبض جاز أخذ البدل عنه وإن كان في سلم لم يجوز أخذ البدل عنه لأنه أيضاً لا يجوز بيعه .

(فصل) وكل عوض ملك بعقد يفسخ بهلاكه قبل القبض لم يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، كالذي ذكرنا ، والأجرة وبذل الصلح إذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود ، وما لا يفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه كعوض الخلع والعق على مال ، وبذل الصلح عن دم العمد ، وأرش الجناية وقيمة المتلف لأن المطلق للتصرف للملك ، وقد وجد لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجوز بناء عقد آخر عليه تحرزاً من الغرر ، وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع فجاز العقد عليه ، وهذا قول أبي حنيفة ، والمهر كذلك عند القاضي . وهو قول أبي حنيفة لأن العقد لا يفسخ بهلاكه ، وقال الشافعي : لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، ووافقه أبو الخطاب في غير المتعين لأنه يخشى رجوعه

بأنه ناض سببه بالردة قبل الدخول ، أو انفساخه بسبب من جهة المرأة أو نصفه بالطلاق أو انفساخه بسبب من غير جهتها ، وكذلك قال الشافعى فى عوض الخلع وهذا التعليل باطل بما بعد القبض فإن قبضه لا يمنع الرجوع فيه قبل الدخول ، وأما ما ملك يارث أو وصية أو غنيمة وتعين ملكه فيه فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه لأنه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالبيع المقبوض ، وهذا مذهب أبى حنيفة والشافعى ، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم .

وإن كان لإنسان فى يده غيره وديعة أو عارية أو مضاربة أو جعله وكيلًا فيه جاز له بيعه عن هو فى يده ومن غيره لأنه عين مال مقدور على تسليمها لا يخشى انفساخ الملك فيها ، لجاز بيعها كالتى فى يده ، وإن كان غصباً جاز بيعه عن هو فى يده لأنه مقبوض معه فأشبهه بيع العارية عن هى فى يده ، وأما بيعه لغيره فإن كان عاجزاً عن استنقاذه ، أو ظن أنه عاجز لم يصح شراؤه له لأنه معجوز عن تسليمه إليه ، فأشبهه بيع الأبق والشارد وإن ظن أنه قادر على استنقاذه عن هو فى يده صح البيع لإمكان قبضه فإن عجز عن استنقاذه فله الخيار بين الفسخ والامضاء لأن العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه ، ويثبت له الفسخ للعجز عن القبض فأشبهه ما لو باعه فرساً فشردت قبل تسليمها أو غائباً بالصفة فعجز عن تسليمه .

(فصل) وإن كان لزيد على رجل طعام من سلم وعليه عمرو مثل ذلك الطعام سلماً ، فقال زيد لعمرو : اذهب فاقبض الطعام الذى لى من غريمى لنفسك ففعل لم يصح لأنه لا يجوز أن يقبضه قبل أن يقبضه ، وهل يصح القبض لزيد ؟ على روايتين .

أحدهما : يصح لأنه أذن له فى القبض فأشبهه قبض وكيله .

والثانية : لا يصح لأنه لم يجعله نائباً له فى القبض فلم يقع له بخلاف الوكيل ، فعلى الوجه الأول : يصير ملكاً لزيد ، وعلى الثانى : يكون باقياً على ملك المسلم إليه ، ولو قال زيد لعمرو : احضر اكتبالى منه لأقبضه لك ففعل ، لم يصح ، وهل يكون قابضاً لنفسه ؟ على وجهين :

أولهما : أنه يكون قابضاً لنفسه لأن قبض المسلم فيه قد وجد من مستحقه

فصح القبض له ، كما لو نوى القبض لنفسه ، فعلى هذا إذا قبضه لعمر و صح ، وإن قال : خذه بهذا الكيل الذى قد شاهدته فأخذه به صح لأنه قد شاهد كيـله وعـليه ، فلا معنى لاعتبار كيـله مرة ثانية ، وعنه لا يجزئ ، وهو مذهب الشافعى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الطعام حتى يجزى فيه الصاعان » ، وهذا داخل فيه ولأنه قبضه بغير كيل أشبه ما لو قبضه جزافا ، ولو قال زيد لعمر و : احضرنـا حتى أكتـالـه لنفـسى ثم تكتـالـه أنت ، وفعلـا صح بغير اشكال ، وإن اكتـالـه زيد لنفسه ثم أخذه عمرو بذلك الكيل الذى شاهدته فعلى روايتين وإن تركه زيد فى المكيال ودفعه الى عمرو ليفرغه لنفسه صح ، وكان ذلك قبضا صحيحا لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ، ولا معنى لابتداء الكيل ههنا ، اذ لا يحصل به زيادة علم .

وقال أصحاب الشافعى : لا يصح لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجزى فيه الصاعان ، وهذا يمكن القول بموجبه ، وقبض المشتري له فى المكيال جرى لصاعيه فيه ، ولو دفع زيد الى عمرو دراهم فقال اشتر لك بها مثل الطعام الذى لك على ففعل لم يصح لأن دراهم زيد لا يكون عوضا لعمر و فإن اشترى الطعام بعينها أو فى ذمته ، فهو كتصرف الفضولى على ما تبين ، وإن قال : اشترى بها طعاما ثم أقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ، ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم فى مثل هذه الصورة ، وإن قال : أقبضه لنفسك ففعل جاز ، نص أحمد على نظير ذلك ، وهكذا جميع المسائل التى تقدمت اذا حصل الطعام فى يد عمرو لزيد فأذن له أن يقبض من نفسه ، وقال أصحاب الشافعى : لا يصح لانه لا يجوز أن يكون قابضا لنفسه من نفسه .

ولنا أنه يجوز أن يشتري لنفسه من مال ولده ويقبض لنفسه من نفسه ، وكذلك لو وهب لولده الصغير شيئا جاز أن يقبل له من نفسه ويقبض منها فكذا ههنا .

(فصل) وإن اشترى اثنان طعاما فقبضاه ثم باع أحدهما للآخر نصيبه قبل أن يقتسماه احتمل أن لا يجوز ذلك ، وهو قول الحسن وابن سيرين ، كرها أن يبيع الرجل من شريكه شيئا مما يكال أو يوزن قبل أن يقتسماه لانه لم يقبض نصيبه

منفرداً فأشبهه غير المقبوض ، ويحتمل الجواز لانه مقبوض لها يجوز بيعه لأجنبي
بجاء بيعه لشريكه كسائر الاموال فإن تقاسماه وتفرقا ثم باع أحدهما نصيبه بذلك
الكيل الذى كاله لم يجز ، كما لو اشترى من رجل طعاما فاكثاله وتفرقا ثم باعه
اياه بذلك الكيل ، وان لم يفرقا خرج على الروايتين اللتين تقدمتا .

« مسألة ، قال (والشركة فيه والتولية والحوالة به كالبيع)

وجملته . أن ما يحتاج الى القبض لا تجوز الشركة فيه ولا توليته ولا الحوالة
به قبل قبضه ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك . يجوز هذا كله فى
الطعام قبل قبضه لانها تختص بمثل الثمن الاول فجازت قبل القبض كالاقالة .

ولنا أن هذه أنواع بيع فتدخل فى عموم النهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه
فإن الشركة بيع بغض المبيع بقسطه من ثمنه ، والتولية بيع جميعه بمثل ثمنه ولانه
تمليك لغير من هو فى ذمته فأشبه البيع وفارق الاقالة فإنها فسخ للبيع فأشبهت الرد
بالعيب ، وكذلك لا تصح هبته ولا رهنه ولا دفعه أجرة ولا ما أشبه ذلك من
التصرفات المفتقرة الى القبض لانه غير مقبوض فلا سبيل الى اقباضه .

فصل

وأما التولية والشركة فيما يجوز بيعه فجائزان لانها نوعان من أنواع البيع
وانما اختصا بأسماء كما اختص بيع المراجعة والمواضعة بأسماء ، فإذا اشترى شيئا فقال
له رجل . أشركنى فى نصفه بنصف الثمن ، فقال أشركتك صح وصار مشتركا
بينهما ، وان قال : ولنى ما اشتريته بالثمن فقال : وليتك صح اذا كان الثمن معلوما
لها فان جهله أحدهما لم يصح كما لو باعه بالرقم ، ولو قال : أشركنى فيه ، أو قال :
الشركة فيه فقال : أشركتك أو قال : ولنى ما اشتريت ولم يذكر الثمن ، صح اذا
كان الثمن معلوما لان الشركة تقتضى ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن ، والتولية
ابتياعه بمثل الثمن فاذا أطلق اسمه انصرف اليه كما لو قال : أقلنى ، فقال : أقلتك ؛
وفى حديث عن زهرة ابن معبد . أنه كان يخرج به عبد الله بن هشام الى السوق
فيشتري الطعام ؛ فيلتقاه ابن عمر وابن الزبير فيقولان له : أشركنا فان النبى
صلى الله عليه وسلم دعا لك بالبركة ، فيشركهم ، فرمما أصاب الراحلة كما هى

فبيعت بها الى المنزل، ذكره البخاري، ولو اشترى شيئاً فقال له رجل: أشركني فأشركه انصرف الى نصفه، لأنها ياطلاقها تقتضي التسوية، فإن اشترى اثنان عبداً فأشركا فيه، فقال لهما رجل: أشركاني فيه فقالا: أشركناك، احتمال أن يكون له النصف، لأن إشراركهما لو كان من كل واحد منهما منفرداً كان له النصف. فكذلك حال الاجتماع، ويحتمل أن يكون له الثلث، لأن الاشتراك يفيد التساوي ولا يحصل التساوي إلا بجعله بينهم أثلاثاً، وهذا أصح، لأن إشرارك الواحد إنما اقتضى النصف لحصول التسوية به وان أشركه كل واحد منهما منفرداً كان له النصف ولكل واحد منهما الربع؛ وان قال: أشركاني فيه فأشركه أحدهما؛ فعلى الوجه الأول: يكون له نصف حصة الذي أشركه وهو الربع، وعلى الآخر له السدس لأن طلب الشركة منهما يقتضى طلب ثلث ما في يد كل واحد منهما ليكون مساوياً لهما، فإذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه، وان قال له أحدهما: أشركناك انبني على تصرف الفضولي.

فإن قلنا: يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه، فهل يثبت له الملك في نصفه أو في ثلثه: على الوجهين، ولو قال لأحدهما: أشركني في نصف هذا العبد فأشركه، فإن قلنا: يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه، فله نصف العبد ولهما نصفه، والا فله نصف حصة الذي أشركه: وان اشترى عبداً فلقه رجل فقال: أشركني في هذا العبد، فقال: قد أشركتك فله نصفه، فإن لقه آخر فقال: أشركني في هذا العبد، وكان عالماً بشركة الأول، فله ربع العبد وهو نصف حصة الذي شركه، لأن طلبه للاشتراك رجع الى ما ملكه المشارك، وهو النصف فيكون بينهما، وان لم يعلم بشركة الأول، فهو طالب لنصف العبد لاعتقاده أن العبد كله لهذا الذي طلب منه المشاركة، فاذا قال له: أشركتك فيه احتمال ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن يصير له نصف العبد كله، ولا يبقى للذي شركه شيء لأنه طلب منه نصف العبد، فأجابه الى ذلك، فصار كأنه قال بعني نصف هذا العبد فقال: بعتك؛ وهذا قول القاضي.

الثاني: أن ينصرف قوله شركتك فيه إلى نصف نصيبه ونصف نصيب شريكه

فينفذ في نصف نصيبه ويقف في الزائد على إجازة صاحبه على إحدى الروايتين ، لأن لفظ الشركة يقتضى بيع بعض نصيبه ومساواة المشتري له . فلو باع جميع نصيبه لم يكن شركة ولا يستحق فيه ما طلب منه .

والثالث : أن لا يكون للثاني الا الربع بكل حال ، لأن الشركة إنما تثبت بقول البائع : شركتك ، لأن ذلك هو الايجاب الناقل للبك ، وهو عالم أنه ليس له إلا نصف العبد ، فينصرف لإيجابه الى نصف ملكه : وعلى هذين الوجهين : لطالب الشركة الخيار ، لأنه إنما طلب النصف فلم يحصل له جميعه ، الا أن نقول بوقوفه على الإجازة في الوجه الثاني ، فيجيزه الآخر ، ويحتمل أن لا تصح الشركة أصلاً ، لأنه طلب شراء النصف ، فأجيب في الربع ، فصار بمنزلة ما لو قال : بعتي نصف هذا العبد فقال بعتك رבעه .

فصل في قبض

ولو اشترى قفيزاً من الطعام فقبض نصفه فقال له رجل : بعتي نصف هذا القفيز فباعه انصرف الى النصف المقبوض كله ، لأن البيع ينصرف الى ما يجوز له بيعه وهو النصف المقبوض ، وان قال : أشركني في هذا القفيز بنصف الثمن ففعل لم تصح الشركة إلا فيما قبض منه ، فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما رבעه بقسطه من الثمن ، لأن الشركة تقتضى التسوية ، هكذا ذكره القاضى . والصحيح إن شاء الله تعالى . أنه تنصرف الشركة الى النصف كله ، فيكون تابعاً لما يصح بيعه وما لا يصح ، فيكون ذلك من صور تفریق الصفقة ، فلا يصح في الربع الذى ليس بمقبوض ، وهل يصح في المقبوض ؟ على وجهين .

(فصل) فأما الحوالة فعنه أن يكون على مشتري الطعام طعام من سلم أو من قرض مثل الذى اشتراه ، فيقول لغريمه . اذهب فاقبض الطعام الذى اشتريته لنفسك فلا يجوز ذلك ، لأنه لا يجوز أن يقبضه قبل قبضه له ، وقد ذكرنا تفریع هذا في الفصل الذى قبل هذه المسألة .

(فصل) إذا كان لرجل في ذمة آخر طعام من قرض لم يجوز أن يبيعه من غيره قبل قبضه ، لأنه غير قادر على تسليمه ، ويجوز بيعه ممن هو في ذمته في الصحيح من المذهب ، لحديث ابن عمر « كنا نبيع الأبرة بالبقيع بالدرهم فنأخذ

مكانها الدنانير ، وهذا مذهب الشافعي . وروى أنه لا يصح كما لا يصح في السلم ، والاول أولى ، فإن اشتراه منه بموصوف في الذمة من غير جنسه جاز ، ولا يتفرقا قبل القبض ، لانه يكون بيع دين بدين ، فإن أعطاه معيناً ، ما يشترط فيه التقابض مثل أن أعطاه بدل الخطئة شعيراً جاز ، ولم يجوز التفرق قبل القبض ، وإن أعطاه معيناً لا يشترط فيه التقابض جاز التفرق قبل القبض ، كما لو قال : بعثك هذا الشعير بمائة درهم في ذمتك ، ويحتمل أن لا يجوز ، لأن المبيع في الذمة فلم يجوز التفرق قبل القبض كالسلم .

(فصل)

وإذا قال رجل لغريمه : بعني هذا على أن أقضيك دينك منه ففعل ، فالشرط باطل ، لأنه شرط أن لا يتصرف فيه بغير القضاء ، وهل يبطل البيع ؟ ينبنى على الشروط الفاسدة في البيع ، هل تبطله ؟ على الروايتين ، وإن قال : أقضني حق على أن أبيعك كذا وكذا ، فالشرط باطل والقضاء صحيح ، لانه قبضه حقه ، وإن قال : أقضني أجود من مالي على أن أبيعك كذا وكذا ، فالقضاء والشرط باطلان ، وعليه رد ما قبضه والمطالبة بماله .

« مسألة ، قال (وليس كذلك الإقالة ، لأنها فسخ وعن أبي عبد الله الإقالة بيع)

اختلفت الرواية في الإقالة ، فعنه أنها فسخ وهو الصحيح ، واختيار أبي بكر وهو مذهب الشافعي :

والثانية . أنها بيع ، وهي مذهب مالك ، لأن المبيع عاد الى البائع على الجهة التي خرج عليها منه : فلما كان الاول بيعاً كذلك الثاني ، ولانه نقل الملك بعوض على وجه التراضي ، فكان بيعاً كالاول ، وحكى عن أبي حنيفة . أنها فسخ في حق المتعاقدين ، بيع في حق غيرهما ، فلا تثبت أحكام البيع في حقهما ، بل تجوز في السلم وفي المبيع قبل قبضه ، ويثبت حكم البيع في حق الشفيع حتى يجوز له أخذ الشقص الذي تقايلا فيه بالشفعة .

ولنا أن الإقالة هي الدفع والازالة ، يقال : أقالك الله عثرتك ، أي أزالها .

قال النبي صلى الله عليه وسلم « من أقال نادماً بيعته أقاله الله عثرتة يوم القيامة » .

قال ابن المنذر . وفي إجماعهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، مع إجماعهم على أن له أن يقبل المسلم جميع المسلم فيه . دليل على أن الاقالة ليست بيعاً ، ولأنها تجوز في المسلم فيه قبل قبضه ، فلم تكن بيعاً كالاسقاط ، ولأنها تنقذ بائناً الأول ، ولو كانت بيعاً لم تنقذ به ، ولأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع ، فكأن فسخاً كالرد بالعيب ، ويدل على أبي حنيفة بأن ما كان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرهما كالرد بالعيب والفسخ بالخيار . ولأن حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص دون شخص ، والاصل اعتبار الحقائق .

(فصل) فإن قلنا هي فسخ جازت قبل القبض وبعده ، وقال أبو بكر . لا بد فيها من كيل ثان ويقوم الفسخ مقام البيع في إيجاب كيل ثان ، كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في العدة .

ولنا أنه فسخ للبيع لجاز قبل القبض كالرد بالعيب والتدليس والفسخ بالخيار أو اختلاف المتبايعين ، وفارق العدة ، فإنها اعتبرت للاستبراء . والحاجة داعية إليه في كل فرقة بعد الدخول بخلاف مسألتنا .

فإن قلنا : هي بيع لم يجز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض . لأن بيعه من بانه قبل قبضه لا يجوز . كما لا يجوز من غيره . ولا يستحق بها الشفعة إن كانت فسخاً . لأنها رفع للعقد وإزالة له . وليست بمعاوضة ، فأشبهت سائر الفسوخ ؛ ومن حلف لا يبيع فأقال لم يحنث ، ولو كانت بيعاً استحنثت بها النجعة وحنث الخالف على ترك البيع بفعلها كسائر أنواع البيع ، ولا تجوز إلا بمثل اثن سواء قلنا : هي فسخ أو بيع ، لأنها خصت بمثل اثن كالتولية ، وفيه وجه آخر : أنها تجوز بأكثر من اثن الأول وأقل منه إذا قلنا : إنها بيع كسائر البياعات فإن قلنا : لا تجوز إلا بمثل الثمن الأول فأقال بأقل منه أو أكثر . لم تصح الاقالة . وكان الملك باقياً للشترى . وبهذا قال الشافعي .

وحكى عن أبي حنيفة . أنها تصح بالثمن الأول . ويبطل الشرط ، لأن لفظ الاقالة اقتضى مثل الثمن ، والشرط ينافيه ، فبطل ويق الفسخ على مقتضاه كسائر الفسوخ :

ولنا أنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل ، فبطل كبيع درهم بدرهمين ،
ولأن القصد بالإقالة رد كل حق إلى صاحبه ، فإذا شرط زيادة أو نقصانا أخرج
العقد عن مقصوده فبطل ، كما لو باعه بشرط أن لا يسلم إليه ، ويفارق سائر الفسخ
لأنه لا يعتبر فيه الرضا منهما ، بل يستقل به أحدهما ، فإذا شرط عليه شيء لم يلزمه
لتمكنه من الفسخ بدونه ، وإن شرط لنفسه شيئا لم يلزمه أيضا لأنه لا يستحق
أكثر من الفسخ ، وفي مسألتنا لا تجوز الإقالة إلا برضاها . وإنما رضى بها
أحدهما مع الزيادة أو النقص : فإذا أبطلنا شرطه فأت رضاه ، فبطل الإقالة
لعدم رضاه بها .

مسألة ، قال ﴿ ومن اشترى صبرة طعام لم يبعها حتى ينقلها ﴾

هذه المسألة تدل على حكيم :

أحدهما لإباحة بيع الصبرة جزافا مع جهل البائع والمشتري بقدرها ، وبهذا قال
أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا ، وقد نص عليه أحمد ، ودل عليه قول ابن
عمر : كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا ، فهنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
أن نبيعه حتى تنقله من مكانه ، متفق عليه ، ولأنه معلوم بالرؤية فصح بيعه كالثياب
والحيوان ، ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة ، فإن ذلك يشق لكون الحب
بعضه على بعض ولا يمكن بسطها حبة حبة ، ولأن الحب تتساوى أجزاؤه في
الظاهر فاكتمى برؤية ظاهره ، بخلاف الثوب فإن نشره لا يشق ولم تختلف أجزاؤه
ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة ، لأنه علم ما اشترى بأبلغ الطرق وهو
الرؤية . وكذلك لو قال بعتك نصف هذه الصبرة أو ثلثها أو جزءا منها معلوما جاز
لأن ما جاز بيع جملته جاز بيع بعضه كالحیوان ، ولأن جملتها معلومة بالمشاهدة
فكذلك جزؤها .

قال ابن عقيل : ولا يصح هذا إلا أن تكون الصبرة متساوية الأجزاء ، فإن
كانت مختلفة مثل صبرة يقال القرية لم يصح ، ويحتمل أن يصح لأنه يشتري منها
جزءا مشاعا فيستحق من جيدها ورديثها بقسطه ، ولا فرق بين الأثمان والمثمنات

في صحة بيعها جزافا . وقال مالك لا يجوز في الاثمان لأن لها خطراً ولا يشق وزنها ولا عددها ، فأشبهه الرقيق والثياب

ولنا أنه معلوم بالمشاهدة فأشبهه المثلثات والنقرة والحلى ، ويبطل بذلك ما قاله وأما الرقيق فإنه يجوز بيعهم إذا شاهدتهم ولم يعدم . وكذلك الثياب إذا نشرها ورأى جميع أجزائها

الحكم الثاني : أنه إذا اشترى الصبرة جزافا لم يجوز له بيعها حتى ينقلها ، نص عليه أحمد في رواية الأثرم . وعنه رواية أخرى : له بيعها قبل نقلها ، اختارها القاضي ، وهو مذهب مالك ، لأنه مبيع متعين لا يحتاج الى حق توفية ، فأشبهه الثوب الحاضر .

ولنا قول ابن عمر ، أن كنا لنشترى الطعام من الركبان جزافا ، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى تنقله من مكانه ، وعموم قوله عليه السلام « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه » مع ما ذكرنا من الأخبار . وروى الأثرم بإسناده عن عبيد بن حنين قال « قدم زيت من الشام فاشتريت منه أبرة وفرغت من شرائها ، فقام إلى رجل فأربحنى فيها ربحا ، فبسطت يدي لأبائه فإذا رجل يأخذني من خلفي ، فنظرت فإذا زيد بن ثابت فقال : لا تبعه حتى تنقله الى رحلك ، فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بذلك ، فإذا تقرر هذا فان قبضها نقلها كما جاء في الخبر ، ولأن القبض لو لم يعين في الشرع لوجب رده الى العرف كما قلنا في الإحياء والإحراز ، والعادة في قبض الصبرة النقل

فصل

ولا يحل لبائع الصبرة أن يغشها بأن يجعلها على ذكة أو ربوة أو حجر ينقصها أو يجعل الرديء في باطنها أو المبلول ونحو ذلك . لما روى أبو هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة من طعام فأدخل يده فتالت أصابعه بلالا ، فقال يا صاحب الطعام ما هذا ؟ قال أصابته السماء يا رسول الله ، قال أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ؟ ثم قال : من غشنا فليس منا ، قال الأثرم هذا حديث حسن صحيح ، فإذا وجد ذلك ولم يكن المشتري علم به فله الخيار بين

الفسخ وأخذ تفاوت ما بينهما لانه عيب ، وإن بان تحتها حفرة أو بان باطنها خيراً من ظاهرها فلا خيار للمشتري لانه زيادة له ، وإن علم البائع ذلك فلا خيار له لانه دخل على بصيرة به ؛ وإن لم يكن علم فله الفسخ ، كما لو باع بعشرين درهما فوزنها بصنجة ثم وجد الصنجة زائدة كان له الرجوع . وكذلك لو باع بمكيال ثم وجدته زائداً ، ويحتمل أنه لا خيار له ، لأن الظاهر أنه باع ما يعلم فلا يثبت له الفسخ بالاحتمال .

« مسألة » قال (ومن عرف مبلغ شيء لم يبعه صبرة)

نص أحمد على هذا في مواضع ، وكرهه عطاء وابن سيرين ومجاهد وعكرمة . وبه قال مالك وإسحاق . وروى ذلك عن طاوس . قال مالك ، لم يزل أهل العلم يتهون عن ذلك . وعن أحمد أن هذا مكروه غير محرم ، فإن بكر بن محمد روى عن أبيه أنه سأل عن الرجل يبيع الطعام جزافاً وقد عرف كيـله ، وقلت له إن مالكا يقول إذا باع الطعام ولم يعلم المشتري ، فإن أحب أن يردده رده ، قال هذا تغليظ شديد ، ولكن لا يجزئني إذا عرف كيـله إلا أن يخبره ، فإن باعه فهو جائز عليه وقد أساء . ولم ير أبو حنيفة والشافعي بذلك بأساً لانه إذا جاز البيع مع جهلها بمقداره فعلم من أحدهما أولى

ووجه الأول ما روى الأوزاعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من عرف مبلغ شيء فلا يبعه جزافاً حتى يبينه »

قال القاضي وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهي عن بيع الطعام مجازفة وهو يعلم كيـله » ، والنهي يقتضي التحريم ، وأيضا الإجماع الذي نقله مالك ، ولأن الظاهر أن البائع لا يعدل إلى البيع جزافاً مع علمه بقدر الكيل إلا للتغير بالمشتري والغش له ولذلك أثر في عدم لزوم العقد ، وقد قال عليه السلام « من غشنا فليس منا » فصار كما لو داس العيب ، فإن باع ما علم كيـله صبرة فظاهر كلام أحمد في رواية محمد بن الحكم أن البيع صحيح لازم ، وهو قول مالك والشافعي لأن المبيع معلوم

لها ولا تغير من أحدهما ، فأشبه ما لو علما كيله أو جهلاه ، ولم يثبت ماروى من
من النهى فيه ؛ وإنما كرهه أحمد كراهة تزويه لاختلاف العلماء فيه ، ولأن
استواءهما في العلم والجهل أبعد من التغير

وقال القاضي وأصحابه : هذا بمنزلة التدليس والغش إن علم به المشتري فلا
خيار له لأنه دخل على بصيرة فهو كما لو اشترى مصرية يعلم تصرفها ، وإن لم يعلم
أن البائع كان عالماً بذلك فله الخيار في الفسخ والإمضاء ؛ وهذا قول مالك لأنه
غش وغدر من البائع ، فصح العقد معه ويثبت للبشرى الخيار ، وذهب قوم من
أصحابنا إلى أن البيع فاسد لأنه منتهى عنه ، والنهى يقتضى الفساد

(فصل)

وإن أخبره البائع بكياله ثم باعه بذلك الكيل فالبيع صحيح ، فإن قبضه باكتياله
تم البيع والقبض ، وإن قبضه بغير كيل كان بمنزلة قبضه جزافاً ، فإن كان المبيع
باقياً كاله عليه ، فإن كان قدر حقه الذى أخبره به فقد استوفاه ، وإن كان زائداً
رد الفضل وإن كان ناقصاً أخذ النقص وإن كان قد تلف فالقول قول القابض في
قدره مع يمينه ، سواء كان النقص قليلاً أو كثيراً ، لأن الأصل عدم القبض وبقاء
الحق ، وليس للبشرى التصرف في الجميع قبل كياله ، لأن للبائع فيه علقه ، فإنه
لو زاد كانت الزيادة له ولا يتصرف في أقل من حقه بغير كيل ، لأن ذلك يمنعه
من معرفة كياله ، وإن تصرف فيما يتحقق أنه مستحق له ، مثل أن يكون حقه
قفيزاً فتصرف في ذلك أو في أقل منه بالكيل ففيه وجهان :

أحدهما له ذلك لأنه تصرف في حقه بعد قبضه لجاز كما لو كيل له

والثاني لا يجوز ، لأنه لا يجوز له التصرف في الجميع ، فلم يجوز له التصرف في
البعض كما قبل القبض ؛ وإن قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافاً ، فأما أن عليه
بكياله ثم باعه إياه مجازفة على أنه له بذلك الثمن ، سواء كان زائداً أو ناقصاً لم يجوز
لما روى الأثرم بإسناده عن الحكم قال : قدم طعام لعثمان على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال : اذهبوا بنا إلى عثمان نعينه على طعامه ، فقام إلى جنبه
فقال عثمان في هذه الغرارة كذا وكذا وابتعتها بكذا وكذا ، فقال رسول الله (ص)
« إذا سميت الكيل فكل »

قال أحمد : إذا أخبره البائع أن في كل قارورة مئناً فأخذ بذلك ولا يكتباله فلا يعجبني ، لقوله لعثمان « إذا سميت الكيل فكل » قيل لهم لأنهم يقولون : إذا فتح فسد . قال فلم لا تفتحون واحداً وتزنون الباقي ؟

(فصل) ولو كال طعاماً وآخر ينظر اليه ، فهل لمن شاهد الكيل شراؤه بغير

كيل ثان ؟ على روايتين نص عليهما

إحداهما لا يحتاج الى كيل لأنه شاهد كيله ، فأشبهه ما لو كيل له

والثانية يحتاج الى كيل لأنه يبيع ، فاحتاج الى كيل للأخبار والقياس على البيع الاول ؛ ولو كاله البائع للمشتري ثم اشتراه منه فكذلك ، لما ذكرنا في التي قبلها ، ولو اشترى اثنان طعاماً فاكثلاه ثم ابتاع أحدهما حصّة شريكه قبل تفرقهما ، فقال أحمد في رواية حرب . إذا اشترى غلّة أو نحوها وحضرها جميعاً وعرفا كيلها فقال أحدهما لشريكه : بعني نصيبك وأربحك فهو جائز ، وإن لم يحضر هذا المشتري الكيل فلا يجوز الا بكيل ، قال ابن موسى وفيه رواية أخرى ، لا بد من كيله ، ووجهها ما تقدم

قال القاضي ومغنى الكيل في هذه المسائل أنه يرجع في قدره الى قول القابض اذا كان النقص يسيراً يقع مثله في الكيل فالقول قوله مع يمينه ، وإن كان لا يقع مثله في الكيل لم يقبل قوله لأننا نتحقق كذبه ؛ بخلاف مسائل الفصل الذي قبله لأنه لم يكل بحضرته ، والظاهر أنه أراد بالكيل حقيقته دون ما ذكره القاضي . وفائدة اعتبار الكيل ما ذكره القاضي ، وأنه لا يجوز للمشتري التصرف فيه الا ما ذكرنا في الفصل الذي قبله ، وإن باعه للثاني في هذه المواضع على أنه صبرة جاز ولم يفتقر الى كيل ثان والقبض فيه بنقله كسائر الصبر

(فصل)

قال أحمد في رجل يشتري الجوز فيعد في مئنة ألف جوزة ثم يأخذ الجوز كله على ذلك المعيار . قال لا يجوز : وقال في رجل ابتاع أعكماً كيلاً وقال للبائع كل لي عكماً واحداً واحداً ما بقي على هذا الكيل ، أكره هذا ، حتى يكيلها كلها . وقال الثوري كان أصحابنا يكرهون هذا ، وذلك لأن ما في العكوم يختلف فيكون في بعضها أكثر من بعض ، فلا يعلم ما في بعضها بكيل البعض ، والجوز يختلف

عدده فيكون في أحد المكتلين أكثر من الآخر ، فلا يصح تقديره بالكيل ، كما لا يصح تقدير المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل

« مسألة ، قال (وإذا اشترى صبرة على أن كل مكيلة منها بشيء معلوم جاز) وجلة ذلك أنه إذا قال : بعثك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم صح ، وإن لم يعلما مقدار ذلك حال العقد ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة : يصح في قفيز واحد ، ويبطل فيما سواه لأن جملة اثمن مجهولة ، فلم يصح كبيع المتتابع برقه .

ولنا أن المبيع معلوم بالمشاهدة والاثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف بمبلغه بجملة لا تتعلق بالمتعاقدين ، وهو أن تكال الصبرة ويقسط اثمن على قدر قفزاتها ، فيعلم بمبلغه فجاز كما لو باع ما رأس ماله اثنان وسبعون مائة لكل ثلاثة عشر درهما درهم فإنه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب كذا ههنا ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة واثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع فصح كالأصل المذكور ، وقد روى عن علي رضي الله عنه « أنه أجر نفسه كل دلو بتمر وجاء النبي صلى الله عليه وسلم بالتمر » .

فصل

ولو قال : بعثك من هذه الصبرة قفيزاً أو قال : عشرة أقفزة ، وهما يعلبان أنها أكثر من ذلك صح ، وحكى عن داود : أنه لا يصح لأنه غير مشاهد ولا موصوف .

ولنا أن المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها ، أشبهه إذا باع نصفها وما ذكره قياس وهو لا يحتاج بالقياس ثم لا يصح فإنه إذا شاهد الجملة فقد شاهد المبيع لأنه بعضها .

(فصل) وإن قال بعثك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح لأن « من » للتبعض « وكل » للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولاً ، ويحتمل أن يصح البيع ، كما يصح في الإجارة كل دلو بتمر ، وكل شهر بدرهم ، وإن قال : بعثك هذه الصبرة الأخرى بعشرة دراهم على أن أزيدك قفيزاً أو أنقصك قفيزاً لم يصح لأنه لا يدرى أزيد أم ينقصه ، ولو قال : على أن أزيدك قفيزاً لم يجز لأن القفيز مجهول ،

ولو قال : أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الأخرى أو وصفه بصفة يعلم بها صح ، لأن معناه بعثك هذه وقفيزاً من هذه الأخرى بعشرة دراهم ، وإن قال : على أن أنقصك قفيزاً لم يصح ، لأن معناه . بعثك هذه الصبرة إلا قفيزاً كل قفيز بدرهم وشيء مجهول .

ولو قال . بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الأخرى لم يصح لإفضائه إلى جهالة الثمن في التفصيل لأنه يصير قفيزاً وشيئاً بدرهم والشيء لا يعرفانه لعدم معرفتها بكيفية ما في الصبرة من القفران . ولو قصد : أني أحط ثمن قفيز من الصبرة لا أحسب به لم يصح للجهالة التي ذكرناها ، وإن كانت الصبرة معلوما قدر قفزاتها لها ، أو قال : هذه عشرة أفقزة بعثكها كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة أو وصفه بصفة يعلم بها صح ، لأن معناه بعثك كل قفيز وعشر قفيز بدرهم ، وإن لم يعلم القفيز أو جعله هبة لم يصح ، وإن أراد أني لا أحسب عليك ثمن قفيز منها صح أيضاً لأنها لما علما جملة الصبرة علما ما ينقص من الثمن . ولو قال : على أن أنقصك قفيزاً صح ، لأن معناه بعثك تسعة أفقزة بعشرة دراهم وكل قفيز بدرهم وتسع ، وحكى عن أبي بكر : أنه يصح في جميع المسائل ، على قياس قول أحمد ، لأنه يجيز الشرط الواحد ، ولا يصح هذا لأن المبيع مجهول فلا يصح بيعه ، بخلاف الشرط الذي يفضى إلى جهالة .

(فصل : ولو باع ما لا تتساوى أجزاؤه كالارض والثوب والقطيع من الغنم ففيه نحو من مسائل الصبر . وإن قال : بعثك هذه الارض ، أو هذه الدار ، أو هذا الثوب أو هذا القطيع بألف صح إذا كان مشاهداً أو قال : بعثك نصفه أو ثلثه أو رבעه بكذا صح أيضاً ، فإن قال : بعثك كل ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم صح وإن لم يعلم قدر ذلك حال العقد لما ذكرنا في الصبرة ، وإن قال : بعثك من الثوب كل ذراع بدرهم أو من القطيع كل شاة بدرهم لم يصح لأنه مجهول ، وإن باعه شاة من القطيع لم يصح لأن شياه القطيع غير متساوية القيم فيفضى ذلك إلى التنازع بخلاف القفيز من الصبرة فإنه يصح لأن أجزائها متساوية وإن باعه ذراعاً من الدار أو عشرة أذرع منها ، يريدان بذلك قدرأ غير مشاع لم يصح

كذلك ، وان أرادا مشاعا منها وهما يعلمان عدد ذرعانها صح ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ، لا يصح لان الذراع عبارة عن بقعة بعينها وموضعه مجهول . ولنا أن عشرة من مائة عشرها ، ولو قال : بعتك عشرها صح فكذلك إذا قال : بعتك عشرة من مائة ، وما ذكره غير مسلم ، بل هو عبارة عن قدر ، كما أن المكيال عبارة عن قدر فإذا أضافه الى جملة كان ذلك جزءا منها وان اتفقا على أنها أرادا قدرا منها غير مشاع لم يصح البيع ، وان كانا لا يعلمان ذرعان الدار لم يصح لان الجملة غير معلومة وأجزاء الارض مختلفة فلا يمكن أن تكون معينة ولا مشاعة ، وان قال : بعتك من الدار من هنا الى هنا جاز لأنه معلوم وان قال ، عشرة أذرع ابتداءها من هنا الى هنا الى حيث ينتهي الذرع لم يصح لان الذرع يختلف ، والموضع الذي ينتهي اليه لا يعلم حال العقد ، ولو قال : بعتك نصيبا من هذه الدار ولا يعلم قدر نصيبه منها أو قال : نصيبا منها أو سهما لم يصح لأنه مجهول وان علما ذلك صح ، وان قال : بعتك نصف دارى مما يلى دارك لم يصح نص عليه لانه لا يدرى الى أين ينتهى فيكون مجهولا .

(فصل) ولو باعه عبدا من عبيدين أو أكثر لم يصح ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : اذا باعه عبدا من عبيدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح لان الحاجة تدعو اليه ، وان كانوا أكثر لم يصح لانه يكثّر الغرر . ولنا أن ما يختلف أجزاؤه وقيمته لا يجوز شراء بعضه غير معين ولا مشاعا ، كالاربعة ، وما لا يصح بغير شرط الخيار لا يصح بشرطه كالاربعة ، ولا حاجة الى هذا فإن الاختيار يمكن قبل العقد ، ثم ما قالوه يبطل بالاربعة .

(فصل) وحكم الثوب حكم الارض الا أنه اذا قال ، بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع الى هذا الموضع صح ، فإن كان بما لا ينقصه القطع قطعاه ، وان كان بما ينقصه القطع ، وشرط البائع أن يقطعه له أو رضى بقطعه هو والمشتري جاز ، وان تشاحا في ذلك كانا شريكين فيه كما يشتركان في الارض ، وقال القاضي ، لا يصح لانه لا يقدر على التسليم الا بضرر ، فأشبهه ما لو باعه نصفاً معيناً من الحيوان . ولنا أن التسليم ممكن ولحقوق الضرر لا يمنع التسليم اذا رضى به البائع كما لو باعه

نصفاً من الحيوان مشاعاً ، وفارق نصف الحيوان المعين فإنه لا يمكنه تسليمه مفرداً ، إلا باتلافه وإخراجه عن المالة .

(فصل) إذا قال : بعتك هذه الأرض أو هذا الثوب على أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر فقيه رويان :

إحدهما : البيع باطل ، لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة ، وإنما باع عشرة ، ولا المشتري على أخذ البعض وإنما اشترى الكل وعليه ضرر في الشركة أيضاً .

والثانية : البيع صحيح والزيادة للبائع ، لأن ذلك نقص على المشتري ، فلا يمنع صحة البيع كالعيب ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائداً وبين تسليم العشرة ، فإن رضى بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري ، لأنه زادمخيراً ، وإن أبى تسليمه زائداً فللمشتري الخيار بين الفسخ والأخذ بجميع الثمن المسمى وقسط الزائد ، فإن رضى بالأخذ أخذ العشرة والبائع شريك له بالذراع وهل للبائع خيار الفسخ ؟ على وجهين :

أحدهما : له الفسخ لأن عليه ضرراً في المشاركة .

والثاني : لا خيار له ، لأنه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن ، فإذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ ، ولأن هذا الضرر حصل بتخريجه وإخباره بخلاف غيره ، فلا ينبغي أن يتسلط به على فسخ عقد المشتري فإن بذلها البائع للمشتري بضمن أو طلبها المشتري بضمن لم يلزم الآخر القبول لأنها معاوضة يعتبر فيها التراضي منها ، فلا يجبر واحد منها عليها ، وإن تراضيا على ذلك جاز ، فإن بان تسعة فقيه رويان :

إحدهما : يبطل البيع لما تقدم .

والثانية : البيع صحيح والمشتري بالخيار بين الفسخ والإمساك بتسعة أعشار الثمن ، وقال أصحاب الشافعي : ليس له إمساك إلا بكل الثمن أو الفسخ . بناء على قولهم : إن العيب ليس لمشتريه إلا الفسخ أو إمساك بكل الثمن .

ولنا أنه وجد المبيع ناقصاً في القدر فكان له إمساك بقسطه من الثمن كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين ، وسنبين أن العيب له إمساك وأخذ أرشه

فان أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ لأنه انما رضى ببيعها بهذا الثمن كله ، واذا لم يصل اليه كان له الفسخ ، فان بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لأنه وصل اليه الثمن الذي رضى به ، فأشبهه ما لو اشترى معيبا فرضيه بجميع الثمن .

(فصل) وان اشترى صبرة على أنها عشرة أفقرة فبانت أحد عشر رد الزائد ولا خيار له ههنا ، لأنه لا ضرر في الزيادة ، وان بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمي السكيل في الصبرة لا يكون قبضها الا بالسكيل ، فاذا كالمها فوجدها قدر حقه أخذها ، وان كانت زائدة رد الزيادة ، وان كانت ناقصة أخذها بقسطها من الثمن ، وهل له الفسخ اذا وجدها ناقصة ؟ على وجهين :

أحدهما . له الخيار وهو مذهب الشافعي ، لأنه وجد المبيع ناقصا ، فكان له الفسخ كغير الصبرة وكنقصان الصفة .

الثاني . لا خيار له لان نقصان القدر ليس بعيب في الباقي من السكيل بخلاف غيره .

(فصل) اذا باع الادهان في ظروفها جملة ، وقد شاهدها جاز ، لان أجزاءها لا تختلف ، فهو كالصبرة وكذلك الحكم في العسل واللبس والحل وسائر المائعات التي لا تختلف ، وان باعه كل رطل بدرهم أو باعه رطلا منها أو أرتالا معلومة يعلم أن فيها أكثر منها ، أو باعه جزءا مشاعا أو أجزاء أو باعه اياه مع الظرف بعشرة دراهم أو بثمان معلوم جاز ، وان باعه السمن والظرف كل رطل بدرهم وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما صح ، لأنه قد علم المبيع والثمن ، فان لم يعلم ذلك جاز أيضا ، لأنه قد رضى أن يشتري الظرف كل رطل بدرهم وما فيه كذلك ، فأشبهه ما لو اشترى ظرفين في أحدهما سمن وفي الآخر زيت كل رطل بدرهم . وقال القاضي . لا يصح لان وزن الظرف يزيد وينقص فيدخل على غرر ، والاول أصح ، لان يبيع كل واحد منها منفردا يصح لذلك ، فكذلك اذا جمعها كالارض المختلفة الاجزاء والياب وغيرها ، وأما ان باعه كل رطل بدرهم على أن يزن الظرف فيحتسب عليه بوزنه ، ولا يكون مبيعا وهما يعلمان زنة كل واحد منها صح ،

لأنه إذا علم أن الدهن عشرة والظرف رطلا كان معناه : بعثك عشرة أرطال بائني عشر درهما ، وأن كانا لا يعلنان زنة الظرف والدهن لم يصح ، لأنه يؤدي الى جهالة الثمن في الحال ، وسواء جهلا زنتهما جميعا أو زنة أحدهما لذلك .

(فصل) وان وجد في ظرف السمن ربا فقال ابن المنذر : قال أحمد وإسحاق إن كان سمانا عنده سمن أعطاه بوزنه سمن ، وإن لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن ، وألزمه شريح بقدر الرب سمنيا بكل حال ، وقال الثوري : إن شاء أخذ الذي وجده ، ولا يكلف أن يعطيه بقدر الرب سمنيا .

ولنا أنه وجد المبيع المكيل ناقصا ، فأشبه ما لو اشترى صبرة فوجد تحتها ربوة أو اشتراها على أنها عشرة أقدرة فبانت تسعة ، وقد بينا أنه يأخذ الموجود بقسطه من الثمن كذا ههنا ، فعلى هذا إنما يأخذ الموجود من السمن بقسطه من الثمن ، ولا يلزم البائع أن يعطيه سمنيا ، سواء كان موجودا عنده أو لم يكن فان تراضيا على إعطائه سمنيا جاز ، والله أعلم .

(باب المصراة وغير ذلك)

التصرية : جمع اللبن في التضرع ، يقال : صرى الشاة وصرى اللبن في ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف ، ويقال : صرى الماء في الحوض ، وصرى الطعام في فيه ، وصرى الماء في ظهره إذا ترك الجماع وأئند أبو عبيدة :

رأيت غلاما قد صرى في فقرته ماء الشباب . عنفوان شرته

وماء صرى وصر إذا طال استنقاعه ، وقال البخاري : أصل التصرية حبس الماء ، يقال : صريت الماء ، ويقال للمصراة : المحفلة ، وهو من الجمع أيضا ، ومنه سميت بجامع الناس محافل .

والتصرية حرام إذا أراد بذلك التدليس على المشتري ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تصروا » وقوله « من غشنا فليس منا » وروى ابن ماجه في سننه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « بيع المحفلات خلابة . ولا تحل الخلابة لمسلم » رواه ابن عبد البر ولا يحل خلابة لمسلم .

«مسألة» قال (وإذا اشترى مصراة وهو لا يعلم ، فهو بالخيار بين أن يقبلها أو يردها وصاعا من تمر)

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

الأول : أن من اشترى مصراة من بهيمة الأنعام لم يعلم تصريحها ثم علم ، فله الخيار في الرد والامساك ؛ روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس وإليه ذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم ؛ وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا خيار له ، لأن ذلك ليس بعيب ، بدليل أنه لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها ، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار ، كما لو علفها ، فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها وصاعا من تمر » متفق عليه ، وروى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام أن ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحا ، رواه أبو داود ؛ ولأن هذا تدليس بما يختلف الثمن باختلافه ، فوجب به الرد كما لو كانت شمطاء فسود شعرها وقياسهم يبطل بتسويد الشعر ، فإن يباحه ليس بعيب كالسكر ، وإذا دلسه ثبت له الخيار ؛ وأما انتفاخ البطن فقد يكون من الأكل والشرب فلا معنى لخله على الخل ، وعلى أن هذا القياس يخالف النص واتباع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى .

إذا تقرر هذا : فإنما يثبت الخيار بشرط أن لا يكون المشتري عالما بالتصريح فإن كان عالما لم يثبت له الخيار ، وقال أصحاب الشافعي : يثبت له الخيار في وجه للخبر ؛ ولأن انقطاع اللبن لم يوجد ، وقد يبق على حاله ، فلم يجعل ذلك رضی ، كما لو تزوجت عينا ثم طلبت الفسخ .

ولنا أنه اشتراها عالما بالتدليس فلم يكن له خيار ، كما لو اشترى من سود شعرها عالما بذلك ، ولأنه دخل على بصيرة ، فلم يثبت له الرد ، كما لو اشترى معيبا يعلم عيبه ، وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد لا يعلق عليه حكم ، والأصل الذي قاسوا

عليه ممنوع ، ولو اشترى مصراة فصار لبنها عادة واستمر على كثرته لم يكن له الرد ، وقال أصحاب الشافعي : له الرد في أحد الوجين للخبر ، ولأن التدليس كان موجوداً حال العقد ، فأثبت الرد كما لو نقص اللبن .

ولنا أن الرد جعل لدفع الضرر بنقص اللبن ولم يوجد ، فامتنع الرد ، ولأن العيب لم يوجد ولم يختلف صفة المبيع عن حالة العقد ، فلم يثبت التدليس ، ولأن الخيار ثبت لدفع الضرر ولم يوجد ضرر .

(الفصل الثاني) أنه إذا رد لزمه رد بدل اللبن ، وهذا قول كل من جوز ردها وهو مقدر في الشرع بصاع من تمر ، كما في الحديث الصحيح الذي أورده ، وهذا قول الليث وإسحاق والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور ، وذهب مالك وبعض الشافعية إلى أن الواجب صاع من غالب قوت البلد ، لأن في بعض الحديث « ورد معها صاعاً من طعام » وفي بعضها « ورد معها مثل أو مثلي لبنها قمحا » فجمع بين الأحاديث ، وجعل تنصيبه على التمر لأنه غالب قوت البلد في المدينة ، ونص على القمح ، لأنه غالب قوت بلد آخر ، وقال أبو يوسف : يرد قيمة اللبن لأنه ضمان متلف فكان مقدراً بقيمته كسائر المتلفات ، وحكى ذلك عن ابن أبي ليلى وحكى عن زفر أنه يرد صاعاً من تمر أو نصف صاع من بر بناء على قولهم في الفطرة والكفارة .

ولنا الحديث الصحيح الذي أورده ، وهو المعتمد عليه في هذه المسألة ، وقد نص فيه على التمر فقال « إن شاء ردها وصاعاً من تمر » وفي لفظ للبخاري « من اشترى غنماً مصراة فاحتلبها ، فإن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » وفي لفظ لمسلم رواه ابن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم « ورد صاعاً من تمر لا سمراء » وفي لفظ له « طعاماً لا سمراء » يعني لا يرد قمحا والمراد بالطعام هاهنا التمر ، لأنه مطلق في أحد الحديثين مقيد في الآخر في قضية واحدة ، والمطلق فيما هذا سبيله يحمل على المقيد ، وحديث ابن عمر مطرح الظاهر بالاتفاق ، إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قمحا ، ثم قد شك فيه الراوي وخالفه الأحاديث الصحاح ، فلا يعول عليه ، وقياس أبي يوسف مخالف للنص ، فلا يلتفت إليه ، ولا يبعد أن يقدر الشرع بدل هذا المتلف قطعاً للخصومة

ودفعاً للتنازع ، كما قدر بدل الأدعى ودية أطرافه ، ولا يمكن حمل الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن فذلك أوجه لوجه ثلاثة :

أحدهما : أن القيمة هي الأثمان لا التمر .

الثاني : أنه أوجب في المصرة من الأبل والغنم جميعاً صاعاً من تمر مع اختلاف لبنها .

الثالث : أن لفظه للعموم ، فيتناول كل مصرة ، ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصرة صاعاً ، وإن أمكن أن يكون كذلك فيتعين إيجاب الصاع ، لأنه القيمة التي عين الشارع لإيجابها ، فلا يجوز أن يعدل عنها ، وإذا قد ثبت هذا ، فإنه يجب أن يكون الصاع من التمر جيداً غير معيب : لأنه واجب بإطلاق الشارع ، فينصرف إلى ما ذكرناه كالصاع الواجب في الفطرة ، ولا يجب أن يكون من الأجود ، بل يجوز أن يكون من أدنى ما يقع عليه اسم الجيد ، ولا فرق بين أن تكون قيمة التمر مثل قيمة الشاة أو أقل أو أكثر : نص عليه أحمد ، وليس هذا جمعا بين البدل والمبدل ، لأن التمر بدل اللبن قدره الشرع به ، كما قدر في يدى العبد قيمته وفي يديه ورجليه قيمته مرتين مع بقاء العبد على مالك سيده ، وإن عدم التمر في موضعه فعليه قيمته في الموضع الذي وقع عليه العقد ، لأنه بمثابة عين أتلفها فيجب عليه قيمتها .

(فصل)

وان علم بالتصرية قبل حلبها ، مثل أن أقر به البائع أو شهد به من تقبل شهادته ، فله ردها ولا شيء معها ، لأن التمر إنما وجب بدلا للبن المحتلب ولذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من اشترى غنما مصرة فاحتلبها ، فإن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » ولم يأخذ لها لبنا ههنا ، فلم يلزمه رد شيء معها ، وهذا قول مالك . قال ابن عبد البر : هذا مالا خلاف فيه ، وأما لو احتلبها وترك اللبن بحاله ثم ردها رد لبنها ولا يلزمه أيضا شيء ، لأن المبيع إذا كان موجوداً فرده لم يلزمه بدله ، فإن أبى البائع قبوله وطلب التمر لم يكن له ذلك إذا كان بحاله لم يتغير . وقيل : لا يلزمه قبوله لظاهر الخبر . ولأنه قد نقص بالحلب وكونه في الضرع أحفظ له .

ولنا أنه قدر على رد المبدل فلم يلزمه البذل ، كسائر المبدلات مع إبدالها ،
والحديث المراد به رد البتر حالة عدم اللبن لقوله « فني حلبتها صاع من تمر » ولما
ذكرنا من المعنى .

وقولهم : إن الضرع أحفظ له لا يصح ، لأنه لا يمكن إبقاؤه في الضرع على
الدوام وبقاؤه يضر بالحيوان ، وإن كان اللبن قد تغير فقيه وجهان :
أحدهما : لا يلزمه قبوله ، وهذا قول مالك للخبر ، ولأنه قد نقص بالحوضنة
أشبه ما لو أتلفه .

والثاني يلزمه قبوله لأن النقص حصل باستعلام المبيع وبتغير البائع وتسليطه
على حلبه ، فلم يمنع الرد كابن غير المصرة

(فصل) وإذا رضى بالتصرية فأمسكها ثم وجد بها عيبا آخر ردها به ، لأن
رضاه بعيب لا يمنع الرد بعيب آخر كما لو اشترى أعرج فرضى بعيبه ثم أصاب به
برصا ، وإذا رد لزمه صاع من تمر عوض اللبن لأنه قد جعل عوضا له فيما إذا ردها
بالتصرية فيكون عوضا له مطلقا

(فصل) ولو اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها ثم وجد بها عيبا فله الرد ، ثم
إن لم يكن في ضرعها لبن حال العقد فلا شيء عليه ، لأن ما حدث من اللبن بعد
العقد يحدث على ملك المشتري ، وإن كان فيه لبن حال العقد إلا أنه شيء لا يخلو
الضرع من مثله في العادة فلا شيء فيه لأن مثل هذا لا عبرة به ولا قيمة له في العادة
فهو تابع لما حدث ، وإن كان كثيرا وكان قائما بحاله فهل له رده ؟ يبني على رد
لبن التصرية وقد سبق

فإن قلنا ليس له رده كان بقاؤه كتلفه ، وهل له أن يرد المبيع ؟ يخرج على
الروايتين فيما إذا اشترى شيئا فتلف منه جزءا أو تعيب ، والأشهر في المذهب أنه
يرده فعلى هذا يلزمه رد مثل اللبن لأنه من ذوات الامثال ، والاصل ضمان ما كان
من المثليات بمثله ، إلا أنه خولف في لبن التصرية بالنص ، ففيما عداه يبقى على
الاصل ، ولا صحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا
(الفصل الثالث في الخيار) اختلف أصحابنا في مدته ، فقال القاضي هو مقدر

بثلاثة أيام ليس له الرد قبل مضيتها ولا إمساكها بعدها ، فإن أمسكها بعد ذلك لم يكن له الرد . قال وهو ظاهر كلام أحمد ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، لأن أبا هريرة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر ، رواه مسلم . قالوا فهذه الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية فإنها لا تعرف قبل مضيتها ، لأنها في اليوم الأول لبناها لبن التصرية ، وفي الثاني يجوز أن يكون لبنها نقص لتغير المكان واختلاف العلف . وكذلك في الثالث ، فإذا مضت الثلاثة استبانت التصرية وثبت الخيار على الفور ولا يثبت قبل انقضائها

وقال أبو الخطاب . عندي متى ثبتت التصرية جاز له الرد قبل الثلاثة وبعدها لأنه تدليس يثبت الخيار فملك الرد به إذا تبينه كسائر التدليس . وهذا قول بعض المدنيين ، فعلى هذا يكون فائدة التقدير في الخبر بالثلاثة ، لأن الظاهر أنه لا يحصل العلم إلا بها فاعتبرها لحصول العلم ظاهراً ، فإن حصل العلم بها أو لم يحصل بها فالاعتبار به دونها كما في سائر التدليس . وظاهر قول ابن أبي موسى أنه متى علم التصرية ثبت له الخيار في الأيام الثلاثة إلى تمامها . وهذا قول ابن المنذر وأبي حامد من أصحاب الشافعي . وحكاه عن الشافعي نصاً لظاهر حديث رسول الله (ص) فإنه يقتضى ثبوت الخيار في الأيام الثلاثة كلها ، وعلى قول القاضي لا يثبت الخيار في شيء منها وإنما يثبت عقبا . وقول أبي الخطاب يسوى بين الأيام الثلاثة وبين غيرها ، والعمل بالخبر أولى والقياس ما قال أبو الخطاب ، لأن الحكم كذلك في العيوب وسائر التدليس

« مسألة ، قال (وسواء كان المشتري ناقة أو بقرة أو شاة ،

جمهور أهل العلم على أنه لا فرق في التصرية بين الشاة والناقة والبقرة ، وشذ داود فقال : لا يثبت الخيار بتصرية البقرة ، لأن الحديث « لا تصروا الإبل والغنم ، فدل على أن ماعدهما بخلافهما ، ولأن الحكم ثبت فيهما بالنص ، والقياس لا تثبت به الأحكام

ولنا عموم قوله « من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام » وفي حديث ابن

عمر « من ابتاع محفلة ، ولم يفصل ، ولأنه تصرية بلبن من بهيمة الأنعام ؛ أشبه الإبل والغنم ؛ والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر ، لأن لبنها أغزر وأكثر نقعا . وقولهم : إن الأحكام لا تثبت بالقياس ممنوع ، ثم هو ههنا ثبت بالتنبيه وهو حجة عند الجميع .

(فصل)

إذا اشترى مصراتين أو أكثر في عقد واحد فزدهن رد مع كل مصراة صاعا ، وبهذا قال الشافعي وبعض أصحاب مالك : وقال بعضهم : في الجميع صاع واحد ؛ لأن رسول الله (ص) قال « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر ،

ولنا عموم قوله « من اشترى مصراة - و - من اشترى محفلة » وهذا يتناول الواحدة ، ولأن ما جعل عوضا عن الشيء في صفتين وجب إذا كان في صفقة واحدة كأرش العيب . وأما الحديث فإن الضمير يعود الى الواحدة

(فصل) فإن اشترى مصراة من غير بهيمة الأنعام كالامة والأتان والفرس ففيه وجهان :

أحدهما يثبت له الخيار ، اختاره ابن عقيل وهو ظاهر مذهب الشافعي لعموم قوله « من اشترى مصراة ومن اشترى محفلة » ، ولأنه تصرية بما يختلف الثمن به فأثبت الخيار كتصرية بهيمة الأنعام ، وذلك أن لبن الأدمية يراد للرضاع ويرغب فيها ظهرا ويحسن ثديها ، ولذلك لو اشترط كثرة لبنها ، فبان بخلافه ملك الفسخ ولو لم يكن مقصودا لما ثبت باشتراطه ولا ملك الفسخ بعده ، ولأن الأتان والفرس يرادان لولدهما .

والثاني لا يثبت به الخيار ، لأن لبنها لا يعتاض عنه في العادة ولا يقصد قصد لبن بهيمة الأنعام ، والخبر ورد في بهيمة الأنعام ولا يصح القياس عليه ، لأن قصد لبن بهيمة الأنعام أكثر واللفظ العام أريد به الخاص ، بدليل أنه أمر في ردها بصاع من تمر ، ولا يجب في لبن غيرها ؛ ولأنه ورد عاما وخاصة في قضية واحدة فيحمل العام على الخاص ، ويكون المراد بالعام في أحد الحديثين الخاص في الحديث

الآخر ، وعلى الوجه الاول إذا ردها لم يلزم بدل لبنها ولا يرد معها شيئا ، لأن هذا اللبن لا يباع عادة ولا يعاوض عنه

(فصل) وكل تدليس يختلف اثنان لأجله ، مثل أن يسود شعر الجارية أو يحمر وجهها أو يضرر الماء على الرحا ويرسله عند عرضها على المشتري ثبت الخيار ، لأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فأثبت الخيار كالتصرية . وهذا قال الشافعي ، ووافق أبو حنيفة في تسويد الشعر ، وقال في تحميده : لا يثبت به الخيار لأنه تدليس بما ليس بعيب ، أشبه ما لو سود أنامل العبد لبظنه كاتباً أو حداداً . ولنا أنه تدليس بما يختلف به الثمن أشبه تسويد الشعر ، وأما تسويد الانامل فليس بمختص بكونه كاتباً ، لأنه يحتمل أن يكون قد ولع بالدواة ، أو كان غلاماً لكاتب يصالح له الدواة فظنه كاتباً طمع لا يستحق به فسحا ، فإن حصل هذا من غير تدليس ، مثل أن اجتمع اللبن في الضرع من غير قصد أو احمر وجه الجارية فحجل أو تعب أو تسود شعرها بشيء وقع عليه . فقال القاضي : له الرد أيضاً لدفع الضرر اللاحق بالمشتري والضرر واجب الدفع سواء قصد أو لم يقصد فأشبه العيب ويحتمل أن لا يثبت الخيار لحرارة وجهها فحجل أو تعب ، لأنه يحتمل ذلك فيتعين ظنه من خلقته الأصلية طمعا ، فأشبهه سواد أنامل العبد

(فصل) فإن علف الشاة فلا خواصرها وظن المشتري ، أنها حامل ، أو سود أنامل العبد أو ثوبه يوم أنه كاتب أو حداد ، أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة فظن أنها كثيرة اللبن لم يكن له خيار لأن هذا لا يتعين للجهة التي ظنها ، فإن امتلاء البطن قد يكون لأكل أو شرب أو غيرهما ، وسواد أنامل العبد قد يكون ولع بالدواة أو لكونه شارعا في الكتابة ، أو غلاما لكاتب فحمله على أنه كاتب من باب الطمع فلا يثبت خياراً .

(فصل) وإذا أراد أمساك المدلس وأخذ الارش لم يكن له أرش ، لأن النبي (ص) لم يجعل له في المصراة أرشا ، وإنما خيره في شيئين قال : ان شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعا من تمر ، ولأن المدلس ليس بعيب فلم يستحق من أجله عوضا ، وإن تعذر عليه الرد بتلف فعله اثنان لأنه تعذر عليه الرد فيما لا أرش له فأشبهه غير المدلس ، وإن تعيب عنده قبل العلم بالتدليس فله رده ورد أرش

العيب عنده وأخذ اثمن، وإن شاء أمسك ولا شيء له، وإن علم التدليس فتصرف في المبيع بطل رده كما لو تصرف في المبيع المعيب، وإن أخر الرد من غير تصرف لحكمه حكم تأخر رد المعيب على ما سذكركه إن شاء الله تعالى .

«مسألة، قال (وإذا اشترى أمة ثيباً فأصابها، أو استغلها ثم ظهر على عيب كان مخيراً بين أن يردها ويأخذ الثمن كاملاً . لأن الخراج بالضمان، والوطء كالخدمة، وبين أن يأخذ ما بين الصحة والعيب)»

في هذه المسألة فصول خمسة :

أحدها : أن من علم بسلعته عيباً لم يحز بيعها حتى يبينه للبشترى . فإن لم يبينه فهو آثم عاص . نص عليه أحمد . لما روى حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبورك لهما . وإن كذبا وكتما بحق بركة يبيعهما» متفق عليه . وقال عليه السلام «المسلم أخو المسلم لا يجل لمسلم باع من أخيه يباع إلا يبينه له» ، وقال «من باع عيباً لم يبينه لم يزل في مقت الله ولم يزل الملائكة تلعنه» رواهما ابن ماجه . وروى الترمذى : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من غشنا فليس منا» وقال : هذا حديث حسن صحيح ، والعمل عليه عند أهل العلم ، كرهوا الغش وقالوا : هو حرام . فإن باعه ولم يبينه فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك وأبو حنيفة والشافعى . وحكى عن أبي بكر عبد العزيز : أن البيع باطل . لأنه منهى عنه والنهى يقتضى الفساد .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم «نهى عن التصرية» وصحح البيع ، وقد روى عن أبي بكر أنه قيل له ، ما تقول في المصرة ؟ فلم يذكر جواباً .

الفصل الثانى : أنه متى علم بالبيع عيباً لم يكن عالماً به . فله الخيار بين الإمساك والفسخ سواء كان البائع علم العيب وكتمه أو لم يعلم . لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً . وإنبات النبي صلى الله عليه وسلم الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب . ولأن مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب . بدليل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه اشترى مملوكاً فكتب : هذا ما اشترى محمد بن عبد الله

من العداء بن خالد ، اشترى منه عبداً أو أمة لا داء به ولا غائلة ، بيع المسلم المسلم ، ثبت أن بيع المسلم اقتضى السلامة ولأن الأصل السلامة والعيب حادث أو مخالف للظاهر ، فعند الإطلاق يحمل عليها ، فتى قامت فأت بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالعوض وكان له الرد وأخذ الثمن كاملاً :

فصل خيار الرد بالعيب على التراخي فتى علم العيب فأخر الرد لم يطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا ذكره أبو الخطاب ، وذكر القاضي شيئاً يدل على أن فيه روايتين .

إحداهما . هو على التراخي ، والثانية : هو على الفور ، وهو مذهب الشافعى فتى علم العيب فأخر رده مع إمكانه بطل خياره لأنه يدل على الرضا به فأسقط خياره كالتصرف فيه .

ولنا أنه خيار لدفع ضرر متحقق ، فكان على التراخي كالتقصاص ولا نسلم دلالة الامساك على الرضا به .

الفصل الثالث : أنه لا يخلو المبيع من أن يكون بحاله فإنه يردده ويأخذ رأس ماله أو يكون قد زاد بعد العقد أو جعلت له فائدة فذلك قسمان :

أحدهما : أن تكون الزيادة متصلة كالسمن والكبر والتعلم والحل قبل الوضع والثمرة قبل التأبير ، فإنه يرددها بنيتها لأنه يتبع فى العقود والفسوخ .

القسم الثانى : أن تكون الزيادة منفصلة وهى نوعان .

أحدهما : أن تكون الزيادة من غير عين المبيع كالسكب ، وهو معنى قوله « أو استغلها » يعنى أخذ غلتها ، وهى منافعتها الحاصلة من جبتها كالحدمة والأجرة والسكسب ، وكذلك ما يوهب أو يوصى له به ، فكل ذلك للبشترى فى مقابلة ضمانه لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري وهو معنى قوله عليه السلام « الخراج بالضمان » ولا نعلم فى هذا خلافاً ، وقد روى ابن ماجه عن هشام بن عمار عن مسلم بن خالد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها « أن رجلاً اشترى عبداً ، فاستغله ما شاء الله ، ثم وجد به عيباً فردّه ، فقال : يا رسول الله إنه استغل غلامى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » رواه أبو داود والشافعى ، ورواه سعيد فى سننه عن مسلم بهذا الاسناد ، وقال فيه « الغلة بالضمان »

وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم .

والنوع الثاني . أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن ، فهي للمشتري أيضاً ويرد الأصل دونها ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : إن كان النماء ثمرة لم يردّها ، وإن كان ولداً رده معها لأن الرد حكم فسرى الى ولدها كالكتابة ، وقال أبو حنيفة . النماء الحادث في يد المشتري يمنع الرد لأنه لا يمكن رد الأصل بدونه لأنه من موجهه فلا يرفع العقد مع بقاء موجهه ولا يمكن رده معه لأنه لم يتناوله العقد .

ولنا أنه حادث في ملك المشتري فلم يمنع الرد ، كما لو كان في يد البائع وكالكسب ، ولأنه نماء منفصل فجاز رد الأصل بدونه كالكسب والثمرة عند مالك ، وقولهم ، أن النماء موجب العقد غير صحيح إنما موجهه الملك ولو كان موجباً للعقد لعاد الى البائع بالفسخ ، وقول مالك لا يصح ، لأن الولد ليس بمبيع فلا يمكن رده بحكم رد الام ، ويظل ما ذكره بنقل الملك بالهبة والبيع وغيرهما ، فإنه لا يسرى الى الولد بوجوده في الام وان كان قد نقص ، فهذا نذكر حكمه ان شاء الله تعالى .

الفصل الرابع . ان كان المبيع جارية ثيباً فوطئها المشتري قبل علمه بالعيب فله ردها وليس معها شيء ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وعثمان البتي ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يمنع الرد ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الزهري والثوري وأبو حنيفة واسحاق ، لأن الوطء يجري مجرى الجنابة لأنه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال ، فوجب أن يمنع الرد كما لو كانت بكرأ ، وقال شريح والشعبي والنخعي وسعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يردّها معها أرش ، واختلفوا فيه ، فقال شريح والنخعي ، نصف عشر ثمنها ، وقال الشعبي حكومة ، وقال ابن المسيب . عشرة دنانير ، وقال ابن أبي ليلى ، مهر مثلها ، وحكى نحو قوله عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد ، لأنه إذا فسخ صار واطناً في ملك الغير لكون الفسخ رفعا للعقد من أصله .

ولنا أنه معنى لا ينقص عنها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فلا يمنع الرد كالاستخدام وكوطء الزوج وما قالوه يبطل بوطء الزوج ، ووطء البكر ينقص ثمنها ، وقولهم : يكون واطناً في ملك الغير ، ليس بصحيح ، لأن الفسخ رفع للعقد من حينه لا من أصله . دليل أنه لا يبطل الشفعة ولا يوجب رد الكسب فيكون ووطؤه في ملكه .

(فصل)

ولو اشترى من زوجة فوطئها الزوج لم يمنع ذلك الرد بغير خلاف نعلمه فإن زوجها المشتري فوطئها الزوج ثم أراد ردها بالعيب فإن كان ذلك النكاح باقياً فهو عيب حادث ، وإن كان قد زال لحكمه حكم وطء السيد ، وقد استحسن أحمد رحمه الله أنه يمنع الرد ، وهو محمول على الرواية الأخرى ، إذا فرق بين هذا وبين وطء السيد ، وإن زنت في يد المشتري ولم يكن عرف ذلك منها فهو عيب حادث ، حكمه حكم العيوب الحادثة ، ويحتمل أن يكون عيباً بكل حال لأنه لزمها حكم الزنا في يد المشتري .

الفصل الخامس : أنه إذا اختار المشتري امساك الميعب وأخذ الأرض فله ذلك ، وهذا قول اسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس له إلا الامساك أو الرد وليس له أرض إلا أن يتعذر رد المبيع ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لمشتري المصرة الخيار بين الإمساك من غير أرض أو الرد ، ولأنه يملك الرد فلم يملك أخذ جزء من الثمن كالذي له الخيار .

ولنا أنه ظهر على عيب لم يعلم به فكان له الأرض كما لو تعيب عنده ، ولأنه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه كما لو اشترى عشرة أقدرة فبانت تسعة أو كما لو أتلفه بعد البيع ، فأما المصرة فليس فيها عيب ، وإنما ملك الخيار بالتدليس لا لفوات جزء ، ولذلك لا يستحق أرضاً إذا امتنع الرد عليه .

إذا ثبت هذا : فعنى أرض العيب أن يقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيباً فيؤخذ قسط ما بينهما من الثمن فنسبته إلى الثمن نسبة النقصان بالعيب من القيمة ، مثاله أن يقوم الميعب صحيحاً بعشرة ومعيها بتسعة والثمن خمسة عشرة فقد نقصه العيب عشر قيمته فيرجع على البائع بعشر الثمن وهو درهم ونصف ، وعلة ذلك : أن المبيع

مضمون على المشتري بضمنه ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قابله من الثمن أيضاً . ولأننا لو ضمنناه نقص القيمة أفضى إلى اجتماع الثمن والمثمن للمشتري فيما إذا اشترى شيئاً بنصف قيمته فوجد به عيباً ينقصه نصف قيمته ، مثل أن يشتريه بعشرة وقيمته عشرون فوجد به عيباً ينقصه عشرة فأخذها حصل له المبيع ورجع بضمنه وهذا معنى قول الخرقى ، أو يأخذ ما بين الصحة والعيب ، وقد نص أحمد على ما ذكرناه ، وذكره الحسن البصرى فقال : يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه قال أحمد : هذا أحسن ما سمعت .

« مسألة ، قال (وان كانت بكراً فأراد ردها كان عليه ما نقصها) »

يعنى الامة البكر اذا وطئها المشتري ثم ظهر على عيب فردها كان عليه أن يرد معها أرش النقص ، وعن أحمد في جواز ردها روايتان :

احدهما : لا يردّها ويأخذ أرش العيب وبه قال ابن سيرين والزهرى والثورى والشافعى وأبو حنيفة واسحاق ، قال ابن أبى موسى : وهو الصحيح عن أحمد .

والرواية الثانية : يردّها ويرد معها شيئاً وبه قال شريح وسعيد بن المسيب والنخعي والشعبي ومالك وابن أبى ليلى وأبو ثور والواجب رد ما نقص قيمتها بالوطء فإذا كانت قيمتها بكراً عشرة وثلاثمائة ردينارين ، لانه بفسخ العقد يصير مضموناً عليه بقيمته ، بخلاف أرش العيب الذى يأخذه المشتري ، وهذا قول مالك وأبى ثور ، وقال شريح والنخعي : يرد عشر ثمنها ، وقال سعيد بن المسيب يرد عشرة دنائير ، وما قلناه أولى إن شاء الله تعالى ، واحتج من منع ردها بأن الوطء نقص عنها وقيمتها فلم يملك ردها كما لو اشترى عبداً فخصاه فنقصت قيمته .

ولنا أنه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا لاستعلاء ، فأثبت الخيار كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض .

(فصل) وكل مبيع كان معيباً ثم حدث به عند المشتري عيب آخر قبل عليه بالاول ، فعن أحمد رحمه الله فيه روايتان :

احدهما : ليس له الرد ، وله أرش العيب القديم وبه قال الثورى وابن شبرمة والشافعى وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن ابن سيرين والزهرى والشعبي ، لان الرد

ثبت لإزالة الضرر وفي الرد على البائع اضرار به ، ولا يزال الضرر بالضرر .
والثانية : له الرد ويرد أرش العيب الحادث عنده يأخذ الثمن ، وإن شاء أمسكه وله الارش ، وبهذا قال مالك واسحاق ، وقال النخعي وحماد بن أبي سليمان يردده ونقصان العيب ، وقال الحكم . يردده لم يذكر معه شيئا .
ولنا حديث المصراة فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بردها بعد حلبها ورد عوض لبنها ، واحتج أحمد بأن عثمان بن عفان رضي الله عنه « قضى في الثوب إذا كان به عوار برده وإن كان قد لبسه » ولأنه عيب حدث عند المشتري ، فكان له الخيار بين رد المبيع وأرشه ، وبين أخذ أرش العيب القديم كما لو كان حدوثه لاستعلام المبيع ولأن العيبين قد استويا والبائع قد داس به والمشتري لم يدلس . فكان رعاية جانبه أولى ، ولأن الرد كان جائزا قبل حدوث العيب الثاني فلا يزال إلا بدليل ، وليس في المسألة إجماع ولا نص ، والقياس إنما يكون على أصل وليس لما ذكره أصل فيبقى الجواز بحاله .

إذا ثبت هذا فإنه يرد أرش العيب الحادث عنده ، لأن المبيع بجملته مضمون عليه ، فكذلك أجزأؤه ، وإن زال العيب الحادث عند المشتري رده ولا أرش معه على كلتا الرأيتين ، وبه قال الشافعي ، لأنه زال المانع مع قيام السبب المقتضى للرد فثبت حكمه ، ولو اشترى أمة فحملت عنده ثم أصاب بها عيبا فالحمل عيب في الأدميات دون غيرهن ، لأنه يمنع الوطء ويخاف منه التلف فإن ولدت فالولد للمشتري ، وإن نقصتها الولادة فذلك عيب أيضا ، وإن لم تنقصها الولادة ومات الولد جاز ردها ، لأنه زال العيب ، وإن كان ولدها باقيا لم يكن له ردها دون ولدها ، لأن ذلك تفريق بينهما وهو محرم ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في مسائلهما ، له الفسخ فيها دون ولدها ، وهو قول أكثر أصحاب الشافعي ، ولأنه موضع حاجة ، فأشبه ما لو ولدت حراً فإنه يجوز بيعها دون ولدها .

ولنا عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » ولأنه أمكن دفع الضرر بأخذ الارش أو برد ولدها معها ، فلم يجز ارتكاب منى الشرع بالتفريق بينهما ، كما لو أراد الإقالة فيها دون ولدها .

وقولهم : إن الحاجة داعية إليه . قلنا : قد اندفعت الحاجة بأخذ الأرش ، أما إذا ولدت حراً فلا سبيل إلى بيعه معها بحال ، ولو كان المبيع حيواناً غير الآدمي فحدث به حل عند المشتري لم يمنع الرد بالعيب ، لأنه زيادة ، وإن علم بالعيب بعد الوضع ولم تنقصه الولادة ، فله أمساك الولد ورد الأم ، لأن التفريق بينهما جائز ولا فرق بين حملها قبل القبض أو بعده ، ولو اشتراها حاملاً فولدت عنده ثم اطلع على العيب فردها رد الولد معها ، لأنه من جملة المبيع والزيادة فيه تمام متصل بالمبيع فأشبهه ما لو سميت الشاة ، فإن تلف الولد فهو كتعيب المبيع عنده . فإن قلنا له الرد فعليه قيمته أن اختار رد الأم ، وعن أحمد : أنه لا قيمة عليه للولد ، وحله القاضي على أن البائع دلس العيب ؛ وإن نقصت الأم بالولادة فهو عيب حادث ، حكمه حكم العيوب الحادثة ، ويمكن حمل كلام أحمد على أن الحمل لا حكم له وهذا أحد القولين . للشافعي ، فعلى هذا يكون الولد حينئذ للمشتري ، فلا يلزمه رده أن كان باقياً ولا قيمته أن كان تالفاً والاول هو الصحيح ، وعليه العمل إن شاء الله تعالى (فصل) وإن كان المبيع كاتباً أو صائناً فنسى ذلك عند المشتري ثم وجد به عيباً ، فذلك عيب حادث عند المشتري ، حكمه حكم غيره من العيوب ، وعن أحمد يرد ولا يرد معه شيئاً وعليه القاضي بأنه ليس بنقص في العين ، ويمكن عوده بالتذكر ، وقال : وعلى هذا لو كان سميناً فهزل ، والقياس ما ذكرناه ، فإن الصياغة والكتابة متقومة تضمن في الغصب وتلزم بشرطها في البيع ، فأشبهت الاعيان والمنافع من السمع والبصر والعقل ؛ وامكان العود منتقض بالسن والبصر والحمل ولعل ما روى عن أحمد أراد به إذا دلس البائع العيب .

(فصل) وإذا تعيب المبيع في يد البائع بعد العقد فإن كان المبيع من ضمانه فحكمه حكم العيب القديم ، وإن كان من ضمان المشتري فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض ، فأما الحادث بعد القبض فهو من ضمان المشتري ، ولا يثبت به خيار وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك : عهدة الرقيق ثلاثة أيام ، فما أصابه فيها فهو من ضمان البائع إلا في الجنون والجذام والبرص ، فإن ظهر إلى سنة ثبت الخيار لما روى الحسن عن عقبة ، وأن النبي (ص) جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام ، وأنه أجمع أهل المدينة ، ولأن الحيوان يكون فيه العيب ثم يظهر .

ولنا أنه ظهر في يد المشتري ويجوز أن يكون حادثاً ، فلم يثبت به الخیار كسائر المبيع أو ما بعد الثلاثة والسنة وحديثهم لا يثبت ، قال الامام أحمد : ليس فيه حديث صحيح ؛ وقال ابن المنذر : لا يثبت في العدة حديث صحيح ، والحسن لم يلق عقبه ، واجماع أهل المدينة ليس بحجة والداء الكامن لا عبرة به ، وإنما النقص بما ظهر لا بما كمن .

« مسألة » قال () الا أن يكون البائع دلس العيب ، فيلزمه رد الثمن كاملاً ، وكذلك سائر المبيع ()

معنى دلس العيب : أى كتمه عن المشتري مع علمه به ؛ أو غطاه عنه بما يوهم المشتري عدمه ، مشتق من الداسة ، وهى الظلمة ، فكان البائع يستر العيب وكتماته جعله فى ظلمة تخفى عن المشتري فلم يره ، ولم يعلم به ، وسواء فى هذا ما علم به فكتمه وما ستره فكلاهما تدليس حرام على ما بيناه ، فإذا فعله البائع فلم يعلم به المشتري حتى تعيب المبيع فى يده فله رد المبيع وأخذ ثمنه كاملاً : ولا أرى عليه ، سواء كان الحادث بفعل المشتري ، كوطء البكر وقطع الثوب أو بفعل آدمى آخر ، مثل أن يخنق عليه جان أو بفعل العبد كالسرقة والاباق ، أو بفعل الله تعالى بالمرض ونحوه ، سواء كان ناقصاً للبيع أو مذهباً لجميعه .

قال أحمد فى رجل اشترى عبداً فأبق من يده وأقام البيئته أن أباقه كان موجوداً فى يد البائع : يرجع به على البائع بجميع الثمن الذى أخذه منه ، لأنه غر المشتري ويتبع البائع عبده حيث كان ، وهذا يحكى عن الحكم ومالك ، لأنه غره فيرجع عليه كما لو غره بخرية أمة ، وظاهر حديث المصراة يدل على أن ما حدث فى يد المشتري مضمون عليه ، سواء دلس البائع العيب أو لم يدلسه ، فإن التصرية تدليس ؛ ولم يسقط عن المشتري ضمان اللين ، بل ضمنه بصاع من التمر مع كونه قد نهى عن التصرية ، وقال « يبيع المحفلات خلافة ولا تحمل الخلافة لمسلم » .

وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » يدل على أن من له الخراج فعليه الضمان لكونه جعل الضمان علة لوجوب الخراج له ، فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علته ، ولأن وجوب الضمان على البائع لا يثبت

الا بنص أو إجماع أو قياس ولا نعلم في هذا نصاً ولا إجماعاً ، والقياس إنما يكون على أصل ولا نعلم لهذا أصلاً ، ولا يشبه هذا التعبير بحرية الأمة في الشكاح ، لأنه يرجع على من غره وإن لم يكن سيد الأمة ، وههنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشئ .

(فصل)

في معرفة العيوب : وهي النقائص الموجبة لنقص المالة في عادات التجار ، لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالة ؛ فإوجب نقصاً فيها يكون عيباً ، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل هذا الشأن وهم التجار .
فالعيوب في الخلقة كالجنون والجذام والبرص والعمى والعمور والعرج والعفل والقرن والعثق والرتق والقرع والصمم والطرش والخرس وسائر المراض والأصعب الزائدة والناقصة والحول والخصو والسبل وهو زيادة في الأصابع والتخنيث وكونه خنثي والخصاء والتزوج في الأمة والبخر فيها ، وهذا كله قول أبي حنيفة والشافعي ، ولا أعلم فيه خلافاً .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم في الجارية تشتري ولها زوج : أنه عيب ، وكذلك الدين في رقبة العبد إذا كان السيد معسراً ، والجناية الموجبة للقود ، لأن الرقبة صارت كالمستحقة لوجوب الدفع في الجناية والمبيع في الدين ومستحقة للاتلاف بالقصاص ، والزنا والبخر عيب في العبد والأمة جميعاً وبهذا قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : ليس ذلك بعيب في العبد ، لأنه لا يراد للفراش والاستمتاع به بخلاف الأمة .

ولنا : أن ذلك بنقص قيمته ومالته ، فإنه بالزنا يتعرض لأقامة الحد عليه والتعزير ولا يأمنه سيده على عائلته وحرمة البخر يؤذى سيده ومن جالسه وخاطبه أو ساره ، وأما السرقة والابق والبول في الفراش فهي عيوب في الكبير الذي جاوز العشر ، وقال أصحاب أبي حنيفة في الذي يأكل وحده ويشرب وحده وقال الثوري وإسحاق : ليس يعيب فيه حتى يحتلم ، لأن الأحكام تتعلق به من التكليف ووجوب الحدود يلوغ ، فكذلك هذا .

ولنا أن الصبي العاقل يتحرز من هذا عادة كتحرز الكبير فوجوده منه في تلك الحال يدل على أن البول لداء في باطنه، والسرة والاباق لحبث في طبعه، وحدث ذلك بالعشر لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بتأديب الصبي على ترك الصلاة عندها، والتفريق بينهم في المضاجع بلوغها، فأما من دون ذلك فتكون هذه الأمور منه لضعف عقله وعدم تثبته، وكذلك إن كان العبد يشرب الخمر أو يسكر من النبيذ، نص عليه أحمد، لأنه يوجب عليه الحد فهو كالزنا وكذلك الحق الشديد والاستطالة على الناس لأنه يحتاج إلى التأديب، وربما تنكرر فأفضى إلى تلفه، ولا يكون عيباً إلا في الكبير دون الصغير، لأنه منسوب إلى فعله، وعدم الحثان ليس بعيب في الصغير، لأنه لم يفترقته ولا في الأمة الكبيرة؛ وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب أبي حنيفة: هو عيب فيها، لأنه زيادة ألم، فأشبهت العبد.

ولنا أنه ليس بواجب في حقها والالم فيه يسير لا يخشى منه التلف بخلاف العبد الكبير، فأما العبد الكبير، فإن كان مجلوباً من الكفار فليس ذلك بعيب فيه، لأن العادة أنهم لا يختنون، فصار ذلك معلوماً عند المشتري فهو كدينهم، وإن كان مسلماً مولداً فهو عيب فيه، لأنه يخشى عليه منه وهو خلاف العادة.

فصل

والثبوت ليست عيباً، لأن الغالب على الجوارى الثبوت، فالإطلاق لا يقتضي خلافها، وكونها محرمة على المشتري بنسب أو رضاع ليس بعيب إذ ليس في المحل ما يوجب خللاً في المالية ولا نقصاً، وإنما التحريم مختص به، وكذلك الأحرام والصيام، لأنهما يزولان قريباً، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، ولا نعلم لهما مخالفاً، وكذلك عدة البائن، وأما عدة الرجعية فهي عيب، لأن الرجعية زوجة ولا يؤمن ارتجاعها لها؛ ومعرفة الغناء والحجامة ليست بعيب، وحكى عن مالك في الجارية المخنثة: أن ذلك عيب فيها، لأن الغناء محرم.

ولنا أن هذا ليس بنقص في عينها ولا قيمتها، فلم يكن عيباً كالصناعة، ولا نسلم أن الغناء محرم، وإن سلمناه فالمحرم استعماله لا معرفته، والعسر ليس بعيب، وكان شريح يرد به.

ولنا أنه ليس بنقص وعمله بإحدى يديه يقوم مقام عمله بالآخرى : والكفر ليس بعيب ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : هو عيب ، لأنه نقص بدليل قول الله تعالى (٢ : ٢٢١) ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم .

ولنا أن العبيد يكون فيهم المسلم والكافر والاصل فيهم الكفر ، فالاطلاق لا يقتضي خلاف ذلك وكون المؤمن خيرا من الكافر لا يقتضي كون الكفر عيبا كما أن المتقي خير من غيره ، قال الله تعالى (٤٩ : ١٣) ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وليس عدم ذلك عيبا ، وكونه ولد زنا ليس بعيب ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : هو عيب في الجارية ، لأنها تراد للاقتراض بخلاف العبد .

ولنا أن النسب في الرقيق غدير مقصود بدليل أنهم يشترون مجلوبين غير معروف النسب ، وكون الجارية لا تحسن الطبخ أو الخبز أو نحو هذا ليس بعيب لان هذه حرفة فلم يكن فواتها عيبا كسائر الصنائع ، وكونها لا تحيض ليس بعيب وقال الشافعي : هو عيب إذا كان لكبر ، لان من لا تحيض لا تحمل .

ولنا أن الاطلاق لا يقتضي الحيض ولا عدمه فلم يكن فواته عيبا كما لو كان لغير الكبر .

(فصل) وإذا اشترط المشتري في المبيع صفة مقصودة بما لا يعد فقده عيبا صح اشتراطه وصارت مستحقة يثبت له خيار الفسخ عند عدمها ، مثل أن يشترط مسليا فيبين كافرا أو يشترط الامة بكرا أو جعدة أو طباحة أو ذات صنعة أو لبن أو أنها تحيض ، أو يشترط في الدابة أنها هملاجة : أو في الفهد : أنه صيود ، وما أشبه هذا ، فتي بان خلاف ما اشترطه فله الخيار في الفسخ والرجوع بالثمن أو الرضا به ، ولا شيء له ، لانعلم بينهم في هذا خلافا . لانه شرط وصفا مرغوبا فيه فصار بالشرط مستحقا .

فأما ان شرط صفة غير مقصودة فبانت بخلافها ، مثل أن يشترطها سبطة فبانت جعدة أو جاهلة فبانت عالمة : فلا خيار له ، لأنه زاده خيرا ، وان شرطها كافرة فبانت مسلمة ، أو ثيبا فبانت بكرا ، فله الخيار ، لان فيه قصدا صحيحا ، وهو أن طاب الكافرة أكثر لمصالحيتها للمسلمين وغيرهم أو ليستريح من تكليفها

العبادات ، وقد يشترط الثيب لعجزه عن البكر ، أو ليبيعها لعاجز عن البكر ، فقد فات قصده . وقيل لاخيار له ، لأن هذين زيادة ، وهو قول الشافعي في البكر واختيار القاضي . واستبعد كونه يقصد الثبوت لعجزه عن البكر ، وليس هذا بعيد فإنه يمكن والاشترط يدل عليه فيصير بالدليل قريبا ، وإن شرط الشاة لبونا صح ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا يصح ، لأنه لا يجوز بيع اللبن في الضرع فلم يحز شرطه .

ولنا أنه أمر مقصود يتحقق في الحيوان ويأخذ قسطا من الثمن فصح اشتراطه كالصناعة في الأمة والمملوكة في الدابة ، وإنما لم يحز بيعه مفردا للجهاالة ، والجهاالة تسقط فيما كان يباع . وكذلك لو اشتراها بغير شرط صح بيعها معه . وكذلك يصح بيع أساسات الحيطان والنوى في التمر معه ، وإن لم يحز بيعها مفردين ، وإن شرط أنها تحلب كل يوم قدرأ معلوما لم يصح لتعذر الوفاء به ، لأن اللبن يختلف ولا يمكن ضبطه ، وإن شرطها غزيرة اللبن صح ، لأنه يمكن الوفاء به ، وإن شرطها حاملا صح . وقال القاضي : قياس المذهب أنه لا يصح لأن الحمل لاحكم له ، ولهذا لا يصح اللعان على الحمل ويحتمل أنه ربح

ولنا أنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها ، فصح شرطه كالصناعة وكونها لبونا ، وقد بينا فيما قبل أن للحمل حكما ، ولذلك حكم النبي صلى الله عليه وسلم في الدية بأربعين خلفه في بطونها أو ولادها ، ومنع أخذ الخواص في الزكاة ومنع وطء الحبالى المسفيات ، وجعل الله تعالى عدة الحامل وضع حملها وأرخص لها الفطر في رمضان إذا خافت على ولدها ، ومنع من الاقتصاص منها وإقامة الحد عليها من أجل حملها ، وظاهر الحديث المروى في اللعان يدل على أنه لا عنها في حال حملها فاتتني عنه ولدها وإن شرط أنها تضع الولد في وقت بعينه لم يصح وجهها واحدا ، لأنه لا يمكن الوفاء به ، وإن شرط أنها لا تحمل لم يصح الشرط لأنه لا يمكن الوفاء به . وقال مالك : لا يصح في المرتفعات ويصح في غيرهن

ولنا أنه باعها بشرط البراءة من الحمل فلم يصح كالمرتفعات ، وإن شرطها حاملا فبانت حاملا ، فإن كان ذلك في الأمة فهو عيب يثبت الفسخ به ، وإن كان في غيرها فهو زيادة لا يستحق به فسخا ويحتمل أن يستحق ، لأنه قد يريد لها لسفر

أو لجل شيء لا يتمكن منه الحمل ، وإن شرط البيض في " جماعة فقد قيل لا يصح لأنه لا علم عليه يعرف به ، ولم يثبت له في الشرع حكم والاولى أنه يصح لأنه يعرف بالعادة ، فأشبهه اشتراط الشاة لبونا ، وإن اشترط الهزار أو القمري مصوتا ، فقال بعض أصحابنا لا يصح ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن صباح الطير يجوز أن يوجد ويجوز أن لا يوجد ، والاولى جوازه لأن فيه مقصداً صحيحاً وهو عادة له وخلقة فيه ، فأشبهه الحملجة في الدابة والصيد في الفهد ، وإن شرط في الحمام أنه يحى من مسافة ذكرها ، فقال القاضي لا يصح ، وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن فيه تعذيباً للحيوان والقصد منه غير صحيح

وقال أبو الخطاب : يصح لأن هذه عادة مستمرة ، وفيه قصد صحيح لتبليغ الاخبار وحمل الكتب ، فجرى مجرى الصيد في الفهد والحملجة في الدابة ، وإن شرط في الجارية أنها مخنية لم يصح ، لأن الغناء مضموم في الشرع : فلم يصح اشتراطه كالزنا ، وإن شرط في الكذب كونه نطاحاً وفي الديك كونه مقاتلاً لم يصح الشرط ، لأنه منهي عنه في الشرع فجرى مجرى الغناء في الجارية ، وإن شرط في الديك أنه يوقظه للصلاة لم يصح لأنه لا يمكنه الوفاء به ، وإن شرط كونه يصيح في أوقات معلومة جرى مجرى اشتراط التصويت في القمري على ما ذكرنا .

فصل

ولا يفتقر الرد بالعيب الى رضا البائع ولا حضوره ولا حكم حاكم قبل القبض ولا بعده . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن كان قبل القبض افتقر الى حضور صاحبه دون رضاه ، وإن كان بعده افتقر الى رضا صاحبه أو حكم حاكم . لأن ملكه قد تم على اثنى فلا يزول الا برضاه ولنا أنه رفع عقد مستحق له فلم يفتقر الى رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق ، ولأنه مستحق الرد بالعيب فلا يفتقر الى رضا صاحبه كقبل القبض

« مسألة » قال (ولو باع المشتري بعضها ثم ظهر على عيب كان مخيراً بين أن يرد ملكه منها بمقداره من الثمن أو يأخذ أرش العيب بقدر ملكه فيها)

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

منها : أنه اذا اشترى معيبا فباعه سقط رده ، لانه قد زال ملكه عنه . فإن عاد إليه فأراد رده بالعيب الاول نظرنا ، فإن كان باعه عالماً بالعيب أو وجد منه ما يدل على رضاه به فليس له رده ، لأن تصرفه رضا بالعيب . وإن لم يكن علم بالعيب فله رده على بائعه . وبهذا قال الشافعي
وقال أبو حنيفة : ليس له رده إلا أن يكون المشتري فسخ بحكم الحاكم . لانه سقط حقه من الرد ببيعه ، فأشبهه ما لو علم بعيبه

ولنا أنه أمكنه استدراك ظلامته برده فملك ذلك ، كما لو فسخ الثاني بحكم حاكم أو كالم يزل ملكه عنه ولا نسلم سقوط حقه . وإنما امتنع لجزئه عن رده فإذا عاد إليه زال المانع فظهر جواز الرد ، كما لو امتنع الرد لغيبه البائع أو لمعنى سواه . وسواء رجع الى المشتري الاول بالعيب الاول أو بإقالة أو هبة أو شراء ثان أو ميراث في ظاهر كلام القاضى . وقال أصحاب الشافعي : ان رجع بغير الفسخ بالعيب الاول ففيه وجهان :

أحدهما ليس له رده لانه استدرك ظلامته ببيعه ولم يزل بفسخه

ولنا أن سبب استحقاق الرد قائم ، وإنما امتنع لتعذره بزوال ملكه ، فإذا زال المانع وجب أن يجوز الرد كما لو رد عليه بالعيب ، فعلى هذا اذا باعها المشتري لبائعها الاول فوجد بها عيبا كان موجودا حال العقد الاول فله الرد على البائع الثاني ثم للثاني رده عليه . وفائدة الرد هنا اختلاف الثنين ، فإنه قد يكون الثمن الثاني أكثر .

الفصل الثاني : أنه اذا باع المعيب ثم أراد أخذه أرشه ، فظاهر كلام الخرق . أنه لا أرش له ، سواء باعه عالماً بعيبه أو غير عالم ، وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن امتناع الرد كان بفعله ، فأشبهه ما لو أتلف المبيع ، ولانه قد استدرك ظلامته ببيعه فلم يكن له أرش ، كما لو زال العيب

وقال القاضى : ان باعه مع عليه بالعيب فلا أرش له لرضاه به معيبا ، وان باعه غير عالم بالعيب فله الارش . نص عليه أحمد ، لأن البائع لم يوفه ما أوجبه له العقد ولم يوجد منه الرضا به ناقصا ، فكان له الرجوع عليه كما لو أعتقه . وقياس المذهب أن له الارش بكل حال . سواء باعه عالماً بعيبه أو جاهلاً به .

لأننا خيرناه ابتداء بين رده وإمساكه وأخذ الأرض ، فبيعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه ، ولأن الأرض عوض الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بيعه ولا رضاه كما لو باعه عشرة أقفرة وسلم إليه تسعة فباعها المشتري .

وقولهم إنه استدرك ظلامته لا يصح ، فإن ظلامته من البائع ولم يستدركها منه وإنما ظلم المشتري فلم يسقط حقه بذلك من الظالم له ، وهذا هو الصحيح من قول مالك . وذكر أبو الخطاب عن أحمد في رجوع بائع المغيب بالأرض روايتين من غير تفريق بين علم البائع بالمغيب وجهله به ، وعلى قول من قال لا يستحق الأرض فإذا علم به المشتري الثاني فردّه به أو أخذ أرضه منه فلأول أخذ أرضه ، وهو قول الشافعي إذا امتنع على المشتري الثاني رده بغيب حدث عند ، لأنه لم يستدرك ظلامته ، وكل واحد من المشتريين يرجع بحصة العيب من الثمن الذي اشتراه به على ما ذكرناه فيما تقدم .

الفصل الثالث : إذا باع المشتري بعض المغيب ثم ظهر على عيب فله الأرض لما بقى في يده من المبيع ، وفي الأرض لما باعه ما ذكرنا من الخلاف فيما إذا باع الجميع وإن أراد در الباقي بحصته من الثمن ، فالذي ذكره الخرقى ههنا أن له ذلك وقد نص عليه أحد ، والصحيح أنه إن كان المبيع عيناً واحدة أو عينين ينقصهما التفريق ، كمصراعى باب وزوجى خف أنه لا يملك الرد لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة أو ضرر الشركة ، والامتناع الانتفاع بها على الكمال ، كما يباحة الوطء والاستخدام . وبهذا قال شريح والشعبي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي

وقد ذكر أصحابنا في غير هذا الموضع فيما إذا كان المبيع عينين ينقصهما التفريق أنه لا يجوز رد أحدهما دون الأخرى لما فيه من الضرر ، وفيما لو اشترى معيباً فتعيب عنده أنه لا يملك رده إلا أن يرد أرض العيب الحادث عنده فلا يجوز أن يرده في مسألتنا معيباً بغيب الشركة أو نقص القيمة بغير شيء ، إلا أن يكون الخرقى أراد ما إذا دلس البائع العيب ، فإن ذلك عنده لا يسقط عن المشتري ضمان ما حدث عنده من العيب على ما ذكرنا فيما مضى ، وإن كان المبيع عينين لا ينقصهما التفريق فباع أحدهما ثم وجد بالأخرى عيباً أو علم أنها كانتا معيتين فهل له رد

الباقية في ملكه ؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة . وقال القاضى : المسألة مبنية على تفريق الصفقة ، سواء كان المبيع عينا واحدة أو عينين ، والتفصيل الذى ذكرنا أولى .

فصل

وان اشترى عينين فوجد بإحدهما عيبا ، وكانا بما لا ينقصهما التفريق أو بما لا يجوز التفريق بينهما كالولد مع أمه فليس له إلا ردهما جميعا أو امساكهما وأخذ الأرض ، وان لم يكونا كذلك ففيهما روايتان .

لأحدهما ليس له إلا ردهما أو أخذ الأرض مع إمساكهما ، وهو ظاهر قول الشافعى وقول أبى حنيفة فيما قبل القبض ، لأن الرد ببعض الصفقة من المشتري ؛ فلم يكن له ذلك ، كما لو كانا بما ينقصه التفريق .

والثانية له رد المعيب وإمساك الصحيح ، وهذا قول الحارث العكلى والأوزاعى وإسحاق ، وهو قول أبى حنيفة فيما بعد القبض لأنه رد المعيب على وجه لا ضرر فيه على البائع ، فجاز كما لو رد الجميع ، وفارق ما ينقص بالتفريق فإن فيه ضررا ، وإن تلف أحد المبيعين أو تعيب أو وجد بالآخر أو بهما عيبا فأراد رده فالحكم فيه على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف ، وان اختلفا في قيمة التالف فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ، ولأنه بمنزلة الغارم ، لأن قيمة التالف اذا زادت زاد قدر ما يخرمه ، فهو بمنزلة المستعير والغاصب ، فأما ان كان المبيعان باقيين معينين لم يوجد في أحدهما ما يمنع رده فأراد ردهما دون الآخر . فقال القاضى : ليس له ذلك ، ولم يذكر فيه سوى المنع من رد أحدهما ؛ والقياس أنها كالتى قبلها ، اذ لو كان امساك أحدهما مانعا من الرد فيما اذا كانا معينين لمنع منه اذا كان صحيحا

(فصل) اذا اشترى اثنتان شيئا فوجداه معيبا أو اشترطا الخيار فرضى أحدهما ففيه روايتان عن أحمد حكاهما أبو بكر وابن أبى موسى

أحدهما لمن لم يرض الفسخ ، وبه قال ابن أبى ليل والشافعى وأبو يوسف ومحمد ؛ وهو احدى الروايتين عن مالك

والاخرى لا يجوز له رده ، وهو قول أبى حنيفة وأبى ثور ، لأن المبيع خرج

عن ملكه دفعة واحدة غير متشقص فإذا رده مشتركا رده ناقصا ، أشبه ما لو تعيب عنده ، ووجه الأولى : أنه رد جميع ما ملكه بالعقد ، فجاز كما لو أنفرد بشرائه ، والشركة إنما حصلت بإيجاب البائع ، لأنه باع كل واحد منهما نصفها ، شُرِجت عن ملك البائع مشقصة ، بخلاف العيب الحادث .

(فصل) وإذا ورث اثنان عن أبيها خيار عيب فرضى أحدهما سقط حق الآخر من الرد لأنه لو رد وحده تشققت السلعة على البائع فتضرر بذلك ، وإنما أخرجهما عن ملكه إلى واحد غير مشقصة فلا يجوز رد بعضها إليه مشقصة ، بخلاف المسألة التي قبلها فإن عقد الواحد مع الاثنین عقدان ، فكأنه باع كل واحد منهما نصفها منفرداً ، فرد عليه أحدهما جميع ما باعه إياه ، وههنا بخلافه .

(فصل) ولو اشترى رجل من رجلين شيئا فوجده معيبا فله رده عليهما ، فإن كان أحدهما غائبا رد على الحاضر حصته بقسطهما من الثمن ويقتضي نصيب الغائب في رده حتى يقدم ، ولو كان أحدهما باع العين كلها بوكالة الآخر ، فالحكم كذلك ، سواء أكان الحاضر الوكيل أو الموكل ، نص أحمد على قريب من هذا فإن أراد رد نصيب أحدهما وامسك نصيب الآخر جاز ، لأنه يرد على البائع جميع ما باعه ولا يحمل برده تشقيص ، لأن المبيع كان مشقصا قبل البيع .

(فصل) فإن اشترى حلي فضة بوزنه دراهم فوجده معيبا فله رده ، وليس له أخذ الارش لإفضائه إلى التفاضل فيما يجب التماثل فيه فإن حدث به عيب عند المشتري ، فعلى أحدي الروايتين . يرد ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ ثمنه ، وقال القاضي . لا يجوز له رده لإفضائه إلى التفاضل ، فلا يصح ، لأن الرد فسخ للعقد ورفع له فلا تبقى المعاوضة ، وإنما يدفع الارش عوضا عن العيب الحادث عنده بمنزلة ما لو جنى عليه في ملك صاحبه من غير بيع ، وكما لو فسخ الحاكم عليه .

وعلى الرواية الأخرى : يفسخ الحاكم البيع ويرد البائع الثمن ، ويطالب بقيمة الحلي لأنه لم يمكن إهمال العيب ولا أخذ الارش ، ولا أصحاب الشافعي وجهان كهاتين الروايتين ، وإن تلف الحلي فإنه يفسخ العقد ويرد قيمته ويسترجع الثمن .

فإن تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ . وعندى : أن الحاكم إذا فسخ وجب رد الحلى وأرش نقصه كما قلنا فيما إذا فسخ المشتري على الرواية الأخرى ، وإنما يرجع الى قيمته عند تعذر رده بتلف أو عجز وليس في رده ورد أرشه تفاضل لأن المعاوضة زالت بالفسخ فلم يبق له مقابل ، وإنما هذا الارش بمنزلة أرش الجناية عليه ولأن قيمته إذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى الى التفاضل لأن قيمته عوض عنه ، فلا يجوز ذلك الا أن يأخذ قيمته من غير جنسه ، ولو باع قفيزاً مما فيه الربا بمثله فوجد أحدهما بما أخذه عيباً ينقص قيمته دون كيله لم يملك أخذ أرشه ، لئلا يفضى الى التفاضل ، والحكم فيه على ما ذكرناه فى الحلى بالدرهم .

مسألة . قال (وان ظهر على عيب بعد اعتاقه لها أو موتها فى ملكه فله الارش)

وجملته أنه اذا زال ملك المشتري عن المبيع بعثى أو وقف أو موت أو قتل أو تعذر الرد لاستيلاء ونحوه قبل علمه بالعيب فله الارش ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى ، الا أن أبا حنيفة قال فى المقتول خاصة : لا أرش له لانه زال ملكه بفعل مضمون ، أشبه البيع .

ولنا أنه عيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه ، فكان له الارش كما لو اعتقه ، والبيع لنا فيه منع ، ومع تسليمه فانه استدرك ظلامته فيه ، وأما الهبة فعن أحمد فيها روايتان .

أحدهما : أنها كالبيع ، لانه لم يئس من امكان الرد لاحتمال رجوع الموهوب اليه ، والثانية : له الارش ، وهى أولى : ولم يذكر القاضى غيرها لانه ما استدرك ظلامته فأشبه ما لو وقفه ، وامكان الرد ليس بمانع من أخذ الارش عندنا بدليل ما قبل الهبة ، وإن أكل الطعام أو لبس الثوب فأتلفه رجم بأرشه ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يرجع بشئ لانه أهلك العين ، فأشبه ما لو قتل العبد .

ولنا أنه ما استدرك ظلامته ولا رضى بالعيب فلم يسقط حقه من الارش كما لو تلف بفعل الله تعالى .

فصل

وإن فعل شيئاً بما ذكرناه بعد علمه بالعيب ففهوم كلام الحرق : أنه لا أرش له وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، وهو قياس قول القاضي ، لقوله فيمن باع المعيب عالماً بعيبه : ليس له أرش لأنه رضى به معيباً بتصرفه فيه مع علمه بعيبه ، وقياس المذهب : أن له الأرش لأن له إمساك المبيع والمطالبة بأرشه وهذا يتنزل منزلة إمساكه مع العلم بعيبه ، ولأن البائع لم يوفه ما أوجبه العقد ، فكان له الرجوع بأرشه كما لو أعتقه قبل علمه بعيبه ، ولأن الأرش عوض الجزء الفائت بالعيب ، فلم يسقط بتصرفه فيما سواه ، كما لو باعه عشرة أقدرة فأقبضه تسعة فتصرف فيها .

(فصل) فإن استغل المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه تصرفاً دالاً على الرضا به قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره لأن ذلك لا يدل على الرضا به معيباً وإن فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر : وكان الحسن وشريح وعبد الله بن الحسن وابن أبي ليلى والثوري وأصحاب الرأي يقولون : إذا اشترى سلعة فعرضها على البيع لزمته ، وهذا قول الشافعي ، ولا أعلم فيه خلافاً ، فأما الأرش : فقال ابن أبي موسى ، لا يستحقه أيضاً ، وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الأرش .

قال أحمد . أنا أقول ، إذا استخدم العبد وأراد نقصان العيب فله ذلك فأما إن احتلب اللبّن الحادث بعد العقد لم يسقط رده لأن اللبّن له فملك استيفاءه من المبيع الذي يريد رده ، وكذلك إن ركب الدابة لينظر سيرها أو ليسقيها أو ليردها على بائعها ، وإن استخدم الأمة ليختبرها أو لبس القميص ليعرف قدره لم يسقط خياره لأن ذلك ليس برضا بالمبيع ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ، وإن استخدمها لغير ذلك استخدمها كثيراً بطل رده فإن كانت يسيرة لا تختص الملك لم يبطل الخيار قيل لأحمد . إن هؤلاء يقولون : إذا اشترى عبداً فوجده معيباً فاستخدمه بأن يقول : فاولني هذا الثوب ، يعنى بطل خياره ، فأكثر ذلك وقال : من قال هذا ؟ أو من أين أجذوا هذا ؟ ليس هذا برضا حتى يكون شيء يبين ، وقد نقل عنه في بطلان الخيار بالاستخدام روايتان ، وكذلك يخرج منها .

(فصل)

وإن أبق العبد لم علم عيبه فله أخذ أرشه فإن أخذه ثم قدر على العبد فإن لم يكن معروف الإباق قبل البيع فقد تعيب عند المشتري ، فهل يملك رده ورد أرش العيب الحادث عنده والارش الذي أخذه ؟ على روايتين وإن كان آبقا فله رده ورد ما أخذه من الارش وأخذ ثمنه ، وقال الثوري والشافعي ، ليس للمشتري أخذ أرشه ، سواء قدر على رده أو عجز عنه ، إلا أن يملك لانه لم يئأس من رده ، فهو كما لو باعه .

ولنا أنه معيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه ، فكان له أرشه كما لو أعتقه وفي البيع استدرك ظلامته بخلاف مسألتنا .

(فصل) وإذا اشترى عبداً فأعتقه ثم علم به عيباً فأخذ أرشه فهو له ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يجهل في الرقاب ، وهو قول الشافعي ، لانه من جملة الرقة التي جعلها الله ، فلا يرجع اليه شيء من بدلها .

ولنا أن العتق إنما صادف الرقة المعيبة والجزء الذي أخذ بدله ما تناوله عتق ولا كان موجوداً ولأن الارش ليس بدلا عن العبد إنما هو جزء من الثمن جعل مقابلا للجزء الفائت فلما لم يحصل ذلك الجزء من المبيع رجع بقدره من الثمن ، فكأنه لم يصح العقد فيه ولهذا رجع بقدره من الثمن لا من قيمة العبد وكلام أحمد في الرواية الأخرى يحمل على استحباب ذلك لا على وجوبه ؛ قال القاضي إنما الروايتان فيما إذا أعتقه عن كفارته ، لانه إذا أعتقه عن الكفارة لا يجوز أن يرجع اليه بشيء من بدلها ، كالمكاتب إذا أدى من كتابته شيئا .

ولنا أنه أرش عبد أعتقه ، فكان له كما لو تبرع بعتقه .

مسألة ، قال فإن ظهر على عيب يمكن حدوثه قبل الشراء أو بعده ، حلف المشتري ، وكان له الرد أو الارش (

وجملة ذلك أن المتبايعين إذا اختلفا في العيب : هل كان في المبيع قبل العقد أو حدث عند المشتري ؟ لم يخل من قسمين .

أحدهما : أن لا يحتمل الا قول أحدهما كالأصبع الزائدة والشجرة المندملة التي

لا يمكن حدوث مثلها ، والجرح الطرى الذى لا يحتمل كونه قديما ، فالقول قول من يدعى ذلك بغير يمين لأننا نعلم صدقه وكذب خصمه ، فلا حاجة إلى استحلافه والثانى : أن يحتمل قول كل واحد منها ، كالخرق فى الثوب والرفو ونحوهما فقيه روايتان .

إحداهما : القول قول المشتري : فيحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب أو أنه ما حدث عنده ، ويكون له الخيار لأن الأصل عدم القبض فى الجزء الفائت واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد فى حقه ، فكان القول قول من ينق ذلك كما لو اختلفا فى قبض المبيع .

والثانية : القول قول البائع مع يمينه ، فيحلف على حسب جوابه ، إن أجاب أتى بعتة بريثا من العيب حلف على ذلك ، وإن أجاب بأنه لا يستحق على ما يدعيه من الرد حلف على ذلك ، ويمينه على البت لا على نفي العلم ، لأن الأيمان كلها على البت ، لا على نفي فعل الغير ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، لأن الأصل سلامة المبيع وصحة العقد ، ولأن المشتري يدعى عليه استحقاق فسخ البيع وهو ينكره ، والقول قول المنكر .

فصل

وإذا باع الوكيل ثم ظهر المشتري على عيب كان به فله رده على الموكل ، لأن المبيع يرد بالعيب على من كان له فإن كان العيب مما يمكن حدوثه فأقر به الوكيل وأنكره الموكل ، فقال أبو الخطاب : يقبل إقراره على موكله بالعيب لأنه أمر يستحق به الرد ، فيقبل إقرار الوكيل به على موكله كخيار الشرط ، وقال أصحاب أبي حنيفة والشافعى : لا يقبل إقرار الوكيل بذلك ، وهو أصح ، لأنه إقرار على الغير فلم يقبل كالاجنبي ، فاذا رده المشتري على الوكيل لم يملك الوكيل رده على الموكل ، لأنه رده بإقراره وهو غير مقبول على غيره ، ذكره القاضى فإن أنكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه فتشكل عنها فرد عليه بنكوه فهل له رده على الموكل ؟ على وجهين .

أحدهما : ليس له رده ، لأن ذلك يجرى مجرى إقراره .
والثانى : له رده ، لأنه يرجع إليه بغير اختيار أشبه ما لو قامت به بينة .

(فصل) ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم قال المشتري : إنما هي ثيب ، أريت النساء الثقات ، ويقبل قول امرأة ثقة ، فإن وطئها المشتري وقال : ما أصبتها بكرأ خرج فيه وجهان ، بناء على الرويتين فيما إذا اختلفا في العيب الحادث :

(فصل) وإن رد المشتري السلعة بعيب فيها ، فأنكر البائع كونها سلعته فالقول قول البائع مع يمينه ، وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي ، ونحوه قال الأوزاعي ، فإنه قال فيمن صرف دراهم بدنانير ثم رجع بدرهم : فقال الصيرفي : ليس هذا درهمي يحلف الصيرفي بالله لقد وفيتكه ويبرأ ، لأن البائع منكر كون هذه سلعته ومنكر لاستحقاق الفسخ ، والقول قول المنكر ، فأما أن جاء ليرد السلعة بخيار فأنكر البائع أنها سلعته ، فحكي ابن المنذر عن أحمد . أن القول قول المشتري : وهو قول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي ، لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد ، والرد بالعيب بخلافه .

« مسألة » قال (وإذا اشترى شيئاً ما كوله في جوفه ، فكسره فوجده فاسداً فإن لم يكن لمكسوره قيمة كبيض الدجاج رجع بالثمن على البائع ، وإن كان لمكسوره قيمة ، كجوز الهند ، فهو مخير في الرد وأخذ الثمن ، وعليه أرش الكسر أو يأخذ ما بين صحيحه ومعيبه)

وجملة ذلك : أنه إذا اشترى ما لا يطلع على عيبه إلا بكسره ، كالبطيخ والرمان والجوز والبيض وكسره فبان عيبه ، ففيه روايتان :

أحدهما : لا يرجع على البائع بشيء ، وهو مذهب مالك ، لأنه ليس من البائع تدليس ولا تفريط ، لعدم معرفته بعيبه ، وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره ، فخرى مجرى البراءة من العيوب .

والثانية : يرجع عليه ، وهي ظاهر المذهب ، وقول أبي حنيفة والشافعي ، لأن عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري ، فإذا بان معيباً ثبت له الخيار ، ولأن البائع إنما يستحق ثمن المعيب دون الصحيح ، لأنه لم يملكه صحيحاً ، فلا معنى لإيجاب الثمن كله ، وكونه لم يفرط لا يقتضي أن يجب له ثمن ما لم يسله ؛ بدليل العيب الذي لم يعلمه في العبد .

إذا ثبت هذا فإن المبيع إن كان مما لا قيمة له مكسوراً كبيض الدجاج الفاسد والرمان الأسود والجوز الحارِب والبطيخ التالف رجع بالثمن كله ، لأن هذا تبين به فساد العقد من أصله ، لكونه وقع على ما لا نفع فيه ، ولا يصح بيع ما لا نفع فيه كالخشرات والميتات ، وليس عليه أن يرد المبيع إلى البائع ، لأنه لا فائدة فيه الثاني : أن يكون مما لمعيبه قيمة كجوز الهند ويض النعام والبطيخ الذي فيه نفع ونحوه ، فإذا كسره نظرت ، فإن كان كسراً لا يمكن استعمال المبيع بدونَه فالمشترى يخير بين رده و رد أرش الكسر وأخذ الثمن ، وبين أخذ أرش عيبه ؛ وهو قسط ما بين صحيحه ومعيبه ، وهذا ظاهر كلام الخرقى .

وقال القاضى : عندى لا أرش عليه لكسره ، لأن ذلك حصل بطريق استعمال العيب والبائع سلطه عليه حيث علم أنه لا تعلم له صحته من فسادِه بغير ذلك ، وهذا قول الشافعى ، ووجه قول الخرقى : أنه نقص لم يمنع الرد فلزم رد أرشه كلبن المصراة اذا حلبها والبكر اذا وطئها ، وبهذين الاصلين يبطل ما ذكره فإنه لاستعمال العيب ، والبائع سلطه عليه ، بل ههنا أولى ، لأنه تدليس من البائع والتصرية حصلت بتدليسه ، وان كان كسراً يمكن استعمال المبيع بدونَه الا أنه لا يتلف المبيع بالسكيلة ؛ فالحكم فيه كالذى قبله فى قول الخرقى ، وهو قول القاضى أيضاً ، والمشتري يخير بين رده وأرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش العيب وهو احدى الروايتين عن أحمد . والرواية الثانية : ليس له رده وله أرش العيب وهذا قول أبى حنيفة والشافعى ، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم وان كسره كسراً لا يبقى له قيمة ، فله أرش العيب لا غير لأنه أتلفه ، وقدر أرش العيب ، قسط ما بين الصحيح والمعيب من الثمن ، فيقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيباً غير مكسور فيكون للمشتري قدر ما بينهما من الثمن على ما مضى شرحه .

(فصل)

ولو اشترى ثوباً فنشره فوجده معيباً ، فإن كان مما لا ينقصه النشر رده ، وان كان ينقصه النشر كالحسنجاتى الذى يطوى طاقين ملتصقين جرى ذلك مجرى جوز الهند على التفصيل المذكور فيما اذا لم يزد على ما يحصل به استعمال المبيع أو زاد ، كنشر من لا يعرف ، وان أحد أخذ أرشه فله ذلك بكل حال .

(فصل) إذا اشترى ثوبا فضيحة ثم ظهر على عيب فله أرشه لا غير ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وعن أحمد : أن له رده وأخذ زيادته بالصبيح ، لأنها زيادة فلا تمنع الرد كالسمن والكسب ، والاول أولى : لأن هذا معاوضة فلا يجبر البائع على قبولها كسائر المعاوضات ، وفارق السمن والكسب ، فإنه لا يأخذ عن السمن عوضاً والكسب للبشترى لا يرده ولا يعاوض عنه ، وإن قال البائع : أنا أخذه وأعطي قيمة الصبيح لم يلزم المشتري ذلك ، وقال الشافعي : ليس للبشترى الا رده لأنه أمكنه رده ، فلم يملك أخذ الارش ، كما لو سمن عبده أو كسب .

ولنا أنه لا يمكنه رده الا برد شيء من ماله معه ، فلم يسقط حقه من الارش باعتناعه من رده ، كما لو تعيب عنده وطلب البائع أخذه مع أرش العيب الحادث والأصل لا نسله ، فإنه يستحق أخذ الارش اذا أراد به بكل حال .

(فصل) يصح بيع العبد الجاني ، سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ على النفس وما دونها ، موجبة للقصاص أو غير موجبة له ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر : لا يصح بيعه ، لأنه تعلق برقبته حتى آدمى فمنع صحة بيعه كالرهن ، بل حق الجناية أكد ، لأنها تقدم على حق المرتهن .

ولنا أنه حق غير مستقر في الجاني يملك أدائه من غيره فلم يمنع البيع كالزكاة ، أو حق يثبت بغير رضا سيده فلم يمنع بيعه ، كالدين في ذمته أو تصرف في الجاني مجاز كالعتق ، وإن كان الحق قصاصاً فهو ترجى سلامته ويخشى تلفه : فأشبه المريض ، أما الرهن فإن الحق متعين فيه لا يملك سيده إبداله ، ثبت الحق فيه برضاه وثيقة للدين ، فلو أبطله بالبيع سقط حق الوثيقة الذي التزمه برضاه واختياره .

إذا ثبت هذا فتى بآعاه وكانت الجناية موجبة للسل أو القود فعني عنه الى مال فعلى السيد فداؤه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنانيته ، ويزول الحق عن رقبة العبد ببيعه ، لأن للسيد الخيرة بين تسليمه وفدائه ، فإن باعه تعين عليه فداؤه لإخراج العبد من ملكه ، ولا خيار للبشترى لعدم الضرر عليه ، إذ الرجوع على غيره ، هذا اذا كان السيد موسراً ، وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يلزم السيد فداؤه ، لأن أكثر ما فيه أنه التزم فداءه فلا يلزمه ذلك ، كما لو قال الراهن أنا أقضي الدين من الرهن .

ولنا أنه زال ملكه عن الجاني فلزمه فداؤه ، كما لو قتله ، بخلاف الرهن ،
وهذا قال أبو حنيفة ، وإن كان البائع معسراً لم يسقط حق المجنى عليه من رقبة
الجاني ، لأن البائع إنما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه أو ما يقوم مقامه ؛ ولا
يحصل ذلك في ذمة المعسر ، فيبقى الحق في رقبته بحاله مقدماً على حق المشتري
وللمشتري خيار الفسخ إن كان غير عالم ببقاء الحق في رقبته فإن فسخ رجوع بالنسبة
وإن لم يفسخ وكانت الجنائية مستوعبة لرقبة العبد فأخذ بها رجوع المشتري بالنسبة
أيضاً لأن أرش مثل هذا جميع ثمنه وإن كانت غير مستوعبة لرقبته رجوع بقدر
أرشه ، وإن كان عالماً بغيبه راضياً بتعلق الحق به لم يرجع بشيء لأنه اشترى معيباً
عالمًا بعيبه .

فإن اختار المشتري فداؤه فله ذلك والبيع بحاله لأنه يقوم مقام البائع في الخبرة بين
تسليمه وفدائه ، وحقه في الرجوع بمافدائه به على البائع حكم قضاء الدين عنه فإن كانت
الجنائية موجبة للقصاص فللمشتري الخيار بين الرد وأخذ الارش ، فإن اقتصر منه
تعين الارش ؛ وهو قسط قيمة ما بينه جانياً وغير جان ، ولا يبطل البيع من
أصله ، وبهذا قال أصحاب الشافعي ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يرجع بجميع الثمن
لأن تلفه كال بمعنى استحق عند البائع فجري مجرى إتلافه إياه .

ولنا أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع
الثمن ، كما لو كان مريضاً فمات بدائه ، أو مرتداً فقتل برده ، وما ذكره
منتقض بما ذكرناه ، ولا يصح قياسهم على إتلافه . لأنه لم يتلفه فما اشتركا في
المقتضى ، ولو كانت الجنائية موجبة لقطع يده فقطعت عند المشتري فقد تعيب في
يده ، لأن استحقاق القطع دون حقيقته ، فهل يمنع ذلك رده بعيبه ؟ على روايتين
ومتى اشتراه عالماً بعيبه لم يكن له رده ولا أرش كسائر المعيبات ، وهذا قول الشافعي
(فصل) وحكم المرتد حكم القاتل في صحة بيعه وسائر أحكامه المذكورة فيه
فإن قتله غير متحتم لاحتمال رجوعه إلى الإسلام ، وكذلك القاتل في المحاربة إذا
تاب قبل القدرة عليه ، فإن لم يتب حتى قدر عليه . فقال أبو الخطاب هو كالقاتل
في غير محاربة لأنه عبد قن يصح إعتاقه ويملك استخدامه فصح بيعه كغير القاتل
ولأنه يمكنه الانتفاع به إلى حال قتله ويعتقه فينجر به ولأن أولاده ؛ فجاز بيعه

كالمريض المأبوس من برئه ؛ وقال القاضي : لا يصح بيعه ، لأنه تحتم قتله وإتلافه وإذ هاب ماله ، وحرم إبقاؤه فصار بذلة مالا نفع فيه من الحشرات والميتات ، وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به الى قتله لا يتمد بها محلا للبيع كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسد ثقب أو إطعام كلب ، والأول أصح ، فانه كان محلا للبيع . والاصل بقاء ذلك فيه . وانحتم اتلافه لا يجعله تالفا بدليل أن أحكام الحياة من التكليف وغيره لا تسقط عنه ولا تثبت أحكام الموتى له من ارث ماله ونفوذ وصيته وغيرها ولأن خروجه عن حكم الاصل لا يثبت الا بدليل . ولا نص في هذا ولا اجماع ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات . لأن تلك لم تكن فيها منفعة فيما مضى ولا في الحال وعلى أن هذا التحتم يمكن زواله لزوال ما ثبت به من الرجوع عن الاقرار . وان كان ثبت به . أو رجوع البيعة . ولو لم يمكن زواله فأكثر ما فيه تحقق تلفه . وذلك يجعله كالمريض المأبوس من برئه وبيعه جائز .

« مسألة ، قال (ومن باع عبداً وله مال فإله للبائع : الا أن يشترطه المبتاع اذا كان قصده للعبد لا للمال)

وجملة ذلك : أن السيد اذا باع عبده أو جاريته وله مال ملكه اياه مولاه أو خصه به ؛ فهو للبائع ، لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من باع عبداً وله مال فإله للبائع : الا أن يشترطه المبتاع ، رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه ، ولأن العبد وماله للبائع ، فاذا باع العبد اختص البيع به دون غيره كما لو كان له عبدان فباع أحدهما ، وان اشترطه المبتاع كان له للخبر ، وروى ذلك نافع عن ابن عمر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وقضى به شريح ، وبه قال عطاء وطاوس ومالك والشافعي واسحاق ، قال الخرقي : اذا كان قصده للعبد لا للمال ، هذا منصوص أحمد وهو قول الشافعي وأبي ثور وعثمان البتي ، ومعناه أنه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد انما يقصد بقاء المال لعبده واققراره في يده فتي كان كذلك صح اشتراطه ودخل في البيع به ، سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً ، من جنس الثمن أو من غيره ؛ عينا كان أو ديناً ، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر .

قال البتّى : إذا باع عبداً بألف درهم ومعه ألف درهم فالبيع جائز إذا كانت رغبة المبتاع في العبد لا في الدراهم ، وذلك لأنه دخل في البيع تبعا غير مقصود ، فأشبهه أساسات الحيطان والتمويه بالذهب في السقوف ، فأما إن كان المال مقصوداً بالشراء جاز اشتراطه إذا وجدت فيه شرائط البيع من العلم به ، وأن لا يكون بينه وبين الثمن ربا ، كما يعتبر ذلك في العينين المبيعتين ، لأنه مبيع مقصود ، فأشبهه ما لو ضم إلى العبد عينا أخرى وباعهما .

وقال القاضى : هذا ينبئ على كون العبد يملك أو لا يملك ، فإن قلنا لا يملك فاشتراط المشتري ما له صار مبيعا معه ، فاشتراط فيه ما يشترط في سائر المبيعات . وهذا مذهب أبى حنيفة ، وإن قلنا يملك احتملت فيه الجهالة وغيرها مما ذكرنا من قبل ، لأنه تبع في البيع لأصل فأشبهه طى الآبار . وهذا خلاف نص أحمد وقول الخرقى لأنها جعللا الشرط الذى يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره ، وهو أصح إن شاء الله تعالى . واحتمال الجهالة فيه لكونه غير مقصود كما ذكرنا ، وكاللبن في ضرع الشاة المبيعة والحمل في بطنها والصوف على ظهرها وأشباه ذلك فإنه مبيع ويحتمل فيه الجهالة وغيرها لما ذكرنا . وقد قيل : إن المال ليس بمبيع ههنا ، وإنما استبقاه المشتري على ملك العبد لا يزول عنه الى البائع ، وهو قريب من الأول .

فصل

وإذا اشترى عبداً واشترط ماله ثم رد العبد بعيب أو خيار أو إقالة رد ماله معه . وقال داود : يرد العبد دون ماله ، لأن ماله لم يدخل في البيع فأشبهه النماء الحادث عنده .

ولنا أنه عين مال أخذها المشتري لا تحصل بدون البيع فيردها بالفسخ كالعبد ولأن العبد إذا كان ذا مال كانت قيمته أكثر فأخذ ماله ينقص قيمته فلم يملك رده حتى يدفع ما يزيل نقصه ، فإن تلف ماله ثم أراد رده فهو بمنزلة العيب الحادث عند المشتري ، هل يمنع الرد ؟ على روايتين ، فإن قلنا يرده فعليه قيمة ما ألتف . قال أحمد في رجل اشترى أمة معها قناع فاشتراطه وظهر على عيب وقد تلف القناع غرم قيمته بحصته من الثمن .

(فصل)

وما كان على العبد أو الجارية من الحلى فهو بمنزلة ماله على ما ذكرنا ، فأما الثياب فقال أحد : ما كان يلبسه عند البائع فهو للبشترى ، وإن كانت ثياباً يلبسها فوق ثيابه أو شيئاً يزينه به فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، يعنى أن الثياب التى يلبسها عادة للخدمة والبذلة تدخل فى البيع دون الثياب التى يتجمل بها ، لأن ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه ، ولأنها تتعلق بها مصلحته وحاجته ، إذ لا غناء له عنها فجرت مجرى مفاتيح الدار ، بخلاف ثياب الجمال فإنها زيادة على العادة ولا تتعلق بها حاجة العبد ، وإنما يلبسها إياه لينفقه بها . وهذه حاجة السيد لا حاجة العبد ، ولم تجر العادة بالمساحه فيها فجرت مجرى الستور فى الدار والدابة التى يركبها عليها مع دخولها فى الخبر وبقائها على الأصل . وقال ابن عمر : من باع وليدة زينها بثياب فللذى اشتراها ما عليها ، إلا أن يشترطه الذى باعها . وبه قال الحسن والنخعى ولنا الخبر الذى رواه ابن عمر ، ولأن الثياب لم يتناولها لفظ البيع ولا جرت العادة ببيعها معه ؛ أشبه سائر مال البائع ، ولأنه زينة للبيع ، فأشبهه مالوزين الدار ببساط أو ستر .

(فصل) ولا يملك العبد شيئاً إذا لم يملكه سيده فى قول عامة أهل العلم . وقال أهل الظاهر : يملك لدخوله فى عموم قوله تعالى ٢٠ - ٢٩ خلق لكم ما فى الارض جميعاً) وقول النبى صلى الله عليه وسلم : من باع عبداً وله مال ، فأضاف المال إليه بلام التملك .

ولنا قوله تعالى (١٦ - ٧٥ ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شئ) ولأن سيده يملك عينه ومنافعه ، فما حصل بذلك يجب أن يكون لسيد كهيئته ؛ فأما ان ماله سيده شيئاً ففيه روايتان

إحداهما لا يملكه ، وهو ظاهر قول الخرقى ، فإنه قال : والسيد يزكى عما فى يد عبده لأنه ماله ، وقال : والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه ، وهو اختيار أبى بكر وقول أبى حنيفة والثورى وإسحاق والشافعى فى الجديد ، لأنه مملوك فلم يملك كالبيمة .

والثانية يملك — وهى أصح عندى — وهو قول مالك والشافعى فى القديم

للآية والخبر ، ولأنه أدى حتى فملك كالحر ، ولأنه يملك في النكاح فملك في المال كالحر ، ولأنه يصح الاقرار له ، فأشبه الحر ، وما ذكروه تعليل بالمانع ، ولا يثبت اعتباره إلا أن يوجد المقتضى في الأصل . ولم يوجد في البهيمة ما يقتضى ثبوت الملك لها ، وإنما اتفق ملكها لعدم المقتضى له لا لكونها مملوكة ، وكونها مملوكة عديم الأثر ؛ فإن سائر البهائم التي ليست مملوكة من الصيد والوحوش لا تملك وكذلك الجمادات ، وإذا بطل كون ما ذكروه مانعا وقد تحقق المقتضى ؛ لزم ثبوت حكمه والله أعلم

« مسألة ، قال (ومن باع سلعة بنسيئة لم يحز أن يشتريها بأقل مما باعها به) »

وجملة ذلك أن من باع سلعة بشمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقداً لم يحز في قول أكثر أهل العلم ؛ روى ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال أبو الزناد وربيعه وعبد العزيز بن أبي سلة والثوري والأوزاعي ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي ، وأجازوه الشافعي ، لأنه ممن يجوز بيعها به من غير بائعها لحاز من بائعها ، كما لو باعها بمثل ثمنها

ولنا ما روى غنذ عن شعبة عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته العالية بنت أيفع بن شرحبيل أنها قالت « دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة رضي الله عنها ، فقالت أم ولد زيد بن أرقم : إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ، ثم اشتريته منه بستمائة درهم ، فقالت لها بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ، أبلغني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب ، رواه الإمام أحمد وسعيد بن منصور . والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرى مجرى روايتها ذلك عنه ، ولأن ذلك ذريعة إلى الربا فإنه يدخل السلعة ليستبيح بيع ألف — بخمسمائة إلى أجل معلوم

وكذلك روى عن ابن عباس في مثل هذه المسألة أنه قال « أرى مائة بخمسين بينهما حرية ، يعني خرقه حرير جعلها في بيعها ، والذرائع معتبرة لما قدمناه . فأما بيعها بمثل الثمن أو أكثر فيجوز لأنه لا يكون ذريعة . وهذا إذا كانت السلعة

لم تنقص عن حالة البيع . فإن نقصت مثل أن هزل العبد أو نسي صناعة أو تخرق الثوب أو بلى جاز له شراؤها بما شاء . لأن نقص الثمن لنقص المبيع لا للتوصل الى الربا . وإن نقص سعرها أو زاد لذلك أو لمعنى حدث فيها لم يجوز بيعها بأقل من ثمنها كما لو كانت بحالها . نص أحمد على هذا كله

(فصل)

وإن اشتراها بعرض أو كان يبيعها الاول بعرض فاشتراها بنقد جاز . وبه قال أبو حنيفة : ولا نعلم فيه خلافا ، لأن التحريم إنما كان لشبهة الربا ولا ربا بين الأمان والعروض ، فأما أن باعها بنقد ثم اشتراها بنقد آخر ، مثل أن يبيعها بمائتي درهم ثم اشتراها بعشرة دنانير ، فقال أصحابنا يجوز لأنهما جنسان لا يحرم التفاضل بينهما فجاز ، كما لو اشتراها بعرض أو بمثل الثمن

وقال أبو حنيفة : لا يجوز استحسانا ، لأنها كالشيء الواحد في معنى الثمنية ولأن ذلك يتخذ وسيلة الى الربا ، فأشبه ما لو باعها بخمس الثمن الاول ، وهذا أصح إن شاء الله تعالى

(فصل) وهذه المسألة تسمى مسألة العينة ، قال الشاعر :

أندان' أم نعتان' أم ينبري لنا فتي مثل نصل السيف ميرت مضاربته
ف قوله « نعتان » أى نشترى عينة مثل ما وصفنا ، وقد روى أبو داود بإسناده عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا الى دينكم » وهذا وعيد يدل على التحريم

وقد روى عن أحمد أنه قال : العينة أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه الا بنسيئة . فإن باعه بنقد ونسيئة فلا بأس ، وقال : أكره للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد ، وقال ابن عقيل . إنما كره النسيئة لمضارعتها الربا فإن الغالب أن البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالأجل ، ويجوز أن تكون العينة اسما لهذه المسألة وللبيع بنسيئة جميعا ، لكن البيع بنسيئة ليس بمحرم اتفاقا ولا يكره الا أن يكون له تجارة غيره

(فصل) وإن باع سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة ، فقال أحمد في

رواية حرب : لا يجوز ذلك إلا أن يغير السلعة ، لأن ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا فأشبهه مسألة العينة ، فإن اشتراها بنقد آخر أو بسلعة أخرى أو بأقل من ثمنها نسبتة جاز ، لما ذكرناه في مسألة العينة ، ويحتمل أن يجوز له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه ، إلا أن يكون ذلك عن مواطاة أو حيلة فلا يجوز . وإن وقع ذلك اتفاقاً من غير قصد جاز ، لأن الأصل جل البيع ، وإنما حرم في مسألة العينة بالائثر الوارد فيه ، وليس هذا في معناه : ولأن التوسل بذلك أكثر فلا يلتحق به ما دونه والله أعلم

(فصل)

وفي كل موضع قلنا لا يجوز له أن يشتري ، لا يجوز ذلك لو كيله لأنه قائم مقامه ويجوز لغيره من الناس : سواء كان أباه أو ابنه أو غيرهما لأنه غير البائع ويشترى لنفسه فأشبهه الاجنبى

(فصل) ومن باع طعاماً الى أجل ، فلما حل الاجل أخذ منه بالثمن الذى فى ذمته طعاماً قبل قبضه لم يجز . روى ذلك عن ابن عمر وسعيد بن المسيب وطاوس ، وبه قال مالك وإسحاق وأجازة جابر بن زيد وسعيد بن جبير وعلى بن ابن حسين والشافعى وابن المنذر وأصحاب الرأى . قال على بن حسين : إذا لم يكن لك فى ذلك رأى .

وروى عن محمد بن عبد الله بن أبي مريم أنه قال : بعث تمرأ من التمارين كل سبعة أصع بدرهم ثم وجدت عند رجل منهم تمرأ يبيعه أربعة أصع بدرهم فاشتريت منه ، فسألت عكرمة عن ذلك فقال : لا بأس أخذت أنقص مما بعث ، ثم سألت سعيد بن المسيب عن ذلك وأخبرته بقول عكرمة فقال : كذب ، قال عبد الله بن عباس : ما بعث من شيء مما يكال بكيال فلا تأخذ منه شيئاً مما يكال بكيال الا ورقاً أو ذهباً ، فإذا أخذت ورقك فابتع بمن شئت منه أو من غيره ، فرجعت فإذا عكرمة قد طلبنى فقال الذى قلت لك هو حلال : هو حرام ، فقلت لسعيد بن المسيب : إن فضل لى عنده فضل؟ قال فاعطه أنت الكسر وخذ منه الدرهم ، ووجه ذلك أنه ذريعة إلى بيع الطعام بالطعام نسبتة فحرم كسالة العينة ، فعلى هذا كل شيتين حرم

النساء فيها لا يجوز أن يأخذ أحدهما عوضاً عن الآخر قبل قبض ثمنه إذا كان البيع نساء ، نص أحمد على ما يدل على هذا ، وكذلك قال سعيد بن المسيب فيما حكينا عنه ، والذي يقوى عندي جواز ذلك إذا لم يفعله حيلة ولا قصد ذلك في ابتداء العقد كما قال علي بن الحسين فيما يروى عنه عبد الله بن زيد قال : قدمت على علي بن الحسين فقلت له : إني أجد نخلي وأبيع من حضرتي أقر إلى أجل فيقدمون بالحنطة وقد حل ذلك الأجل فيوقفونها بالسوق ، فأبتاع منهم وأقاصهم ؟ قال : لا بأس بذلك إذا لم يكن منك على رأى ، ذلك لأنه اشترى الطعام بالدرهم التي في الذمة بعد انبرام العقد الأول ولزومه ، فصح كما لو كان المبيع الأول حيواناً أو ثياباً ، ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا فإنه لم يأخذ بالثمن طاعماً ، ولكن اشترى من المشتري طعاماً بدرهم وسلمها إليه ثم أخذها منه وفاء أو لم يسلمها إليه لكن قاصه بها كما في حديث علي بن الحسين .

«مسألة» قال (ومن باع حيواناً أو غيره بالبراة من كل عيب لم يبرأ ، سواء علم به البائع أو لم يعلم)

اختلفت الرواية عن أحمد في البراة من العيوب ، فروى عنه : أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب ، وهو قول الشافعي ، وقال إبراهيم والحكم وحامد : لا يبرأ إلا ما سمى ، وقال شريح : لا يبرأ إلا بما أراه أو وضع يده عليه ، وروى نحو ذلك عن عطاء والحسن وإسحاق لأنه مرفق في البيع لا يثبت إلا بالشرط فلا يثبت مع الجهل كالخيار .

والرواية الثانية : أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب عليه ، ويروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت ، وهو قول مالك ، وقول الشافعي في الحيوان خاصة ، لما روى أن عبد الله بن عمر « باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراة من العيب بثمانمائة درهم ، فأصاب به زيد عيباً ، فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله ، فترافعا إلى عثمان . فقال عثمان لابن عمر : تخلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فقال : لا ، فردّه عليه فباعه ابن عمر بألف درهم ، وهذه قضية اشتهرت فلم تنسكرك فكانت اجماعاً ، وروى عن أحمد : أنه أجاز البراة من المجهول ، فيخرج من هذا

صفة البراءة من كل عيب ، روى هذا عن ابن عمر ، وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي ، لما روت أم سلمة « أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : استهما وتوخيا ، وليحل كل واحد منك صاحبه ، فدل هذا على أن البراءة من المجهول جائزة ولأنه اسقاط حق لا تسليم فيه ، فصح من المجهول كالعناق والطلاق ، ولا فرق بين الحيوان وغيره ، فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر ، وقول عثمان قد خالفه ابن عمر ، وقول الصحابي المخالف لا يبق حجة .

(فصل)

فإن قلنا لا يصح شرط البراءة من العيوب بشرطه لم يفسد البيع في ظاهر المذهب وهو وجه لأصحاب الشافعي ، لأن ابن عمر باع بشرط البراءة ، فأجمعوا على صحته ولم ينكروه منكر ؛ فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط ، ويكون وجوده كعدمه ، وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان .

أحدهما : أنها تفسد العقد فيدخل فيها هذا البيع ، لأن البائع إنما رضى بهذا الثمن عوضا عنه بهذا الشرط ، فإذا فسد الشرط فأت الرضى به فيفسد البيع لعدم التراضي به .

« مسألة » قال (ومن باع شيئا مرابحة ، فعلم أنه زاد في رأس ماله رجع عليه بالزيادة ، وحطها من الربح)

معنى بيع المرابحة : هو البيع برأس المال وربح معلوم ، ويشترط عليها برأس المال ، فيقول : رأس مالي فيه ، أو هو على بئانة بعثك بها وربح عشرة ، فهذا جائز لا خلاف في صحته ؛ ولا نعلم فيه عند أحد كراهة ، وإن قال : بعثك برأس مالي فيه وهو مائة وأربح في كل عشرة درهما ، أو قال : ده يارده أو ده داوزه فقد كرهه أحمد ، وقد رويت كراهته عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار ، وقال اسحاق ، لا يجوز لأن الثمن مجهول حال العقد فلم يجز ، كما لو باعه بما يخرج به في الحساب ، ورخص فيه

سعيد بن المسيب وابن سيرين وشرح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، ولان رأس المال معلوم والربح معلوم ، فأشبه ما لو قال . وبيع عشرة دراهم ، ووجه الكراهة . أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ، ولم نعلم لهما في الصحابة مخالفا ، ولان فيه نوعا من الجهالة والتحرز عنها أولى ، وهذه كراهة تنزيه ، والبيع صحيح ؛ لما ذكرنا ، والجهالة يمكن ازالتها بالحساب ، فلم تضرب كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم وأما ما يخرج به في الحساب فجوهول في الجملة والتفصيل .

إذا ثبت هذا عدنا الى مسألة الكتاب فنقول . متى باع شيئا برأس ماله وبيع عشرة ثم علم بتنبهه أو اقرار أن رأس ماله تسعون فالبيع صحيح لانه زيادة في الثمن فلم يمنع صحة العقد كالعيب والمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال ، وهو عشرة وحطمان الربح وهو درهم ، فيبقى على المشتري بتسعة وتسعين درهما ، وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى ، وهو أحد قولي الشافعي ، وقال أبو حنيفة . هو مخير بين الاخذ بكل الثمن أو يترك قياسا على المعيب .

ولنا أنه باعه برأس ماله وما قدره من الربح فإذا بان رأس ماله قدرأ كان مبيعا به وبالي زيادة التي اتفقا عليها والمعيب كذلك عندنا فان له أخذ الارش ثم المعيب لم يرض به الا بالثمن المذكور . وهنارضى فيه برأس المال والربح المقرر ، وهل للمشتري خيار ؟ فالمتنصوص عن أحمد . أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصلته من الربح : وبين تركه ، نقله حنبل . وحكى ذلك قولنا للشافعي ، لان المشتري لا يأمن الجناية في هذا الثمن أيضا ، ولانه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن بعينه لكونه حالفا أو وكيفا أو غير ذلك وظاهر كلام الخرق . انه لا خيار له لأنه لم يذكره ، وحكى ذلك قولنا للشافعي . لانه رضيه بمائة وعشرة . فإذا حصل له بتسعة وتسعين فقد زاده خيرا . فلم يكن له خيار كما لو اشتراه على أنه معيب فبان صحيحا . أو أمى فبان صائغا أو كاتباً أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين . وأما البائع فلا خيار له . لانه باعه برأس ماله وحصلته من الربح وقد حصل له ذلك .

(فصل) وإذا أراد الإخبار بضمن السلعة فان كانت بجاهلها لم تتغير أخبر بضمنها

وان حط البائع بعض الثمن عن المشتري أو اشتراه بعد لزوم العقد لم يجرئه . ويخبر

بالثمن الاول لاغير . ولان ذلك هبة من أحدهما للآخر لا يكون عوضا . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يلحق بالعقد ويخبر به فى المراجعة ، وهذه مسألة يأتى ذكرها إن شاء الله تعالى ، وإن كان ذلك فى مدة الخيار لحق بالعقد وأخبر به فى الثمن ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة ، ولا أعلم عن غيرهم خلافا . فإن تغير سعرها دونها ، فإن غلت لم يلزمه الإخبار بذلك لأنه زيادة فيها وإن رخصت فنقص أحد : على أنه لا يلزمه الإخبار بذلك لأنه صادق بدون الإخبار به ، ويحتمل أن يلزمه الإخبار بالحال فإن المشتري لو علم ذلك لم يرضها بذلك الثمن فكتمانته تغير به فإن أخبر بدون ثمنها ولم يتبين الحال لم يجز ، لأنه يجمع بين الكذب والتغير ، (فصل فأما إن تغيرت السلعة فذلك على ضريين .

أحدهما : أن تتغير بزيادة ، وهى نوعان :

أحدهما : أن تزيد لتمامها كالسمن وتعلم صنعة أو يحصل منها تمام منفصل كالولد والثمرة والكسب ، فهذا إذا أراد أن يبيعها مراجعة أخبر بالثمن من غير زيادة لأنه القدر الذى اشتراها به ؛ وإن أخذ التمام المنفصل ، أو استخدم الأمة أو وطئ الثيب أخبر برأس المال ولم يلزمه تبين الحال ، وروى ابن المنذر عن أحمد : أنه يلزمه تبين ذلك كله ، وهو قول إسحاق ، وقال أصحاب الرأى فى الغلة يأخذها لا بأس أن يبيع مراجعة وفى الولد والثمرة لا يبيع مراجعة حتى يبين ولأنه من موجب العقد .

ولنا أنه صادق فيما أخبر به من غير تغير بالمشتري لحاز ، كما لو لم يزد ، ولأن الولد والثمرة تمام منفصل فلم يمنع من بيع المراجعة بدون ذكره كالفلة ، وقد بينا من قبل أنه ليس من موجبات العقد .

النوع الثانى : أن يعمل فيها عملا ، مثل أن يقصرها أو يرفوها أو يجعلها أو يخطئها ، فهذه متى أراد أن يبيعها مراجعة أخبر بالحال على وجهه ، سواء عمل ذلك بنفسه أو استأجر من عمله ، هذا ظاهر كلام أحمد ، فانه قال : يبين ما اشتراه وما لزمه ، ولا يجوز أن يقول : تحصلت على بكذا ، وبه قال الحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب وطاوس والنخعى والأوزاعى وأبو ثور ، ويحتمل أن يجوز

ففي المستاجر عليه أن يضم الاجرة الى الثمن ، ويقول . تحصلت على بكذا لانه صادق وبه قال الشعبي والحكم والشافعي .

ولنا أنه تغير بالمشتري ، فانه عسى أن لو علم أن بعض ما تحصلت به لأجل الصناعة لا يرغب فيه لعدم رغبته في ذلك فأشبه ما ينقص الحيوان في مؤنته وكسوته وعلى المبتاع في خزنه .

الضرب الثاني . أن يتغير بنقص كنفقه يمرض أو جناية عليه ، أو تلف بعضه أو بولادة أو عيب أو يأخذ المشتري بعضه ، كالصوف واللبن الموجود ونحوه ، فانه يخبر بالحال على وجهه لا نعلم فيه خلافاً ، وإن أخذ أرش العيب أو الجناية أخبر بذلك على وجهه ، ذكره القاضي ، وقال أبو الخطاب . يحط أرش العيب من الثمن ويخبر بالباقي ، لأن أرش العيب عوض ما فات به ، فكان ثمن الموجود هو ما بقي ، وفي أرش الجناية وجهان . أحدهما . يحطه من الثمن كأرش العيب .

والثاني . لا يحطه كالتناء ، وقال الشافعي . يحطها من الثمن ويقول . تقوم على بكذا لانه صادق فيما أخبر به فأشبه ما لو أخبر بالحال على وجهه .

ولنا ان الاخبار بالحال على وجهه أبلغ في الصدق ، وأقرب الى البيان ونفي التغير بالمشتري والتدليس عليه ، فلزمه ذلك كما لو اشترى شيتين بثمان واحد وقسط الثمن عليهما ، وقياس أرش الجناية عليه على النماء والكسب غير صحيح ، لأن الارش عوض نقصه الحاصل بالجناية عليه ، فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه ، وكقيمة احد الثوين اذا تلف أحدهما ، والنماء والكسب زيادة لم ينقص بها المبيع ولا هي عوض عن شيء منه فأما ان جنى المبيع ففداه المشتري لم يلحق ذلك بالثمن ولم يخبر به في المراجعة بغير خلاف نعلمه ، لأن هذا الارش لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتا ، وانما هو مزيل لنقصه بالجناية والعيب الحاصل بتعلقها برقبته ، فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري ، فأما الادوية والمؤنة والكسوة وعمله في السلعة بنفسه أو عمل غيره له بغير اجرة فانه لا يخبر بذلك في الثمن وجهاً واحداً وإن أخبر بالحال على وجهه فحسن .

(فصل . وإن اشترى شيتين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مراجعة

أو اشترى اثنان شيئاً فتقاسماه وأراد أحدهما بيع نصيبه مرا بحة بالثمن الذي أداه فيه فذلك قسبان : أحدهما : أن يكون البيع من المتقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالاجزاء ، كالثياب والحيوان والنجرة المثمرة وأشياء هذا ، فهذا لا يجوز بيع بعضه مرا بحة حتى يخبر بالحال على وجهه ، نص عليه أحد ، فقال : كل بيع اشتراه جماعة ثم اقتسموه لا يبيع أحدهم مرا بحة الا أن يقول : اشتريناه جماعة ثم اقتسمناه ، وهذا مذهب الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي .

وقال الشافعي : يجوز بيعه بحصته من الثمن . لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته بدليل ما لو كان المبيع شقصا وسيفا أخذ الشفعين انقص بحصته من الثمن ، ولو اشترى شيئين فوجد أحدهما معيبا رده بحصته من الثمن ، وذكر ابن أبي موسى فيما اشتراه اثنان فتقاسماه رواية أخرى عن أحمد : أنه يجوز بيعه مرا بحة بما اشتراه لأن ذلك ثمنه فهو صادق فيما أخبر به .

ولنا أن قسمة الثمن على المبيع طريقة الظن . والتخمين ، واحتمال الخطأ فيه كثير ، وبيع المراجعة أمانة فلم يحز هذا فيه ، فصار هذا كالحرص الحاصل بالظن ، لا يجوز أن يباع به ما يجب التماثل فيه ، وإنما أخذ الشفعين بالقيمة للحاجة الداعية إليه ، وكونه لا طريق له سوى التقويم ، ولأنه لو لم يأخذ بالشفعة لاتخذها الناس طريقا لاسقاطها ، فيؤدى إلى تفويتها بالسكينة ، وههنا له طريق ، وهو الاخبار بالحال على وجهه أو بيعه مساومة .

القسم الثاني : أن يكون المبيع من المتماثلات التي ينقسم الثمن عليها بالاجزاء كالبر والشعير المتساوى فيجوز بيع بعضه مرا بحة بقسطه من الثمن ، وهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي . ولا نعلم فيه خلافا لأن ثمن الجزء معلوم يقينا . ولذلك جاز بيع كفيين من الصبرة ، وإن أسلم في ثوبين بصفة واحدة فأخذهما على الصفة وأراد بيع أحدهما مرا بحة بحصته من الثمن فالقياس جوازه ، لأن الثمن ينقسم عليهما نصفين لا باعتبار القيمة ، وكذلك لو أقاله في أحدهما أوتعذر تسليبه كان له نصف الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما ، فكأنه أخذ كل واحد منهما منفردا ، ولأن الثمن وقع عليهما متساويا لتساوى صفتيهما في الذمة ، فهما ككفيين من صبرة ، وإن حصل في أحدهما زيادة على الصفة جرت مجرى الحادث بعد البيع

(فصل ١) وان اشترى شيئاً بضمن مؤجل لم يجوز بيعه مرابحة حتى يبين ذلك ، وان اشترى من أبيه أو ابنه أو من لا تقبل شهادته له لم يجوز بيعه مرابحة حتى يبين أمره ، وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد : يجوز من غير بيان لانه أخبر بما اشترى عقداً صحيحاً ، فأشبه ما لو اشترى من أجنبي .

ولنا أنه منهم في الشراء منهم لكونه يحاييهم ويسمح لهم ، فلم يجوز أن يخبر بما اشترى منهم مطلقاً كما لو اشترى من مكاتبه . وفارق الأجنبي ، فإنه لا يهتم في حقه ، وقياسهم يبطل بالشراء من مكاتبه ، فإنه لا يجوز له بيع ما اشترى من مكاتبه مرابحة حتى يبين أمره : ولا نعلم فيه خلافاً ، وان اشترى من غلام دكانه الحر ، فقال القاضي : اذا باعه سلعة ثم اشترى منها بأكثر من ذلك لم يجوز بيعه مرابحة حتى يبين أمره ، ولا نعلم فيه خلافاً ، ولأنه منهم في حقه ، فأشبه من لا تقبل شهادته له ، وقال أبو الخطاب : ان فعل ذلك حيلة لم يجوز ، وظاهره الجواز إذا لم يكن حيلة ، وهذا أصح ، لأنه أجنبي لكن لا يختص هذا بغلام دكانه بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يجوز ، وكان حراماً وتديلساً على ما ذكرنا من قبل .

(فصل ٢) فإن اشترى ثوباً بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشترى بعشرة استحب أن يخبر بالحال على وجهه ، فإن أخبر أنه اشترى بعشرة ولم يبين جاز ؛ وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد ، لأنه صادق فيما أخبر به وليس فيه تهمة ولا تغيير بالمشتري ، فأشبه ما لو لم يربح فيه ، وروى عن ابن سيرين : أنه يطرح الربح من الثمن ويخبر أن رأس ماله عليه خمسة ، وأعجب أحمد قول ابن سيرين ، قال : فإن باعه على ما اشترى يبين أمره يعني يخبر أنه ربح فيه مرة ثم اشترى . وهذا محمول على الاستحباب لما ذكرناه .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز بيعه مرابحة ، إلا أن يبين أمره ، أو يخبر أن رأس ماله عليه خمسة ، وهذا قول القاضي وأصحابه ، لأن المراجعة تضم فيها العقود ، فيخبر بما تقوم عليه ، كما تضم أجرة الحياط والقصار ، وقد استفاد هذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الاول ، لأنه آمن أن يرده عليه ، ولأن الربح أحد نوعي النماء فوجب أن يخبر به في المراجعة كالولد والثمر ، فعلى هذا ينبغي أنه اذا طرح الربح من الثمن الثاني يقول : تقوم على خمسة ، ولا يجوز أن يقول . اشتريته بخمسة

لأن ذلك كذب والكذب حرام ، ويصير كالمو ضم أجرة القسارة والحياطة إلى الثمن وأخبر به .

ولنا ما ذكرناه فيما تقدم ، وما ذكره من ضم القسارة والحياطة والولد والثمرة فشيء بنوه على أصلهم لا نسله ، ثم لا يشبه هذا ما ذكره ، لأن المؤنة والنماء لزماه في هذا البيع الذي إلى المراجعة ، وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء ، فأشبهه الحسارة فيه ، وأما تقرير الربح فغير صحيح ؛ فإن العقد الأول قد لزم ولم يظهر العيب ، ولم يتعلق به حكمه ، ثم قد ذكرنا في مثل هذه المسألة أن المشتري أن يردّه على البائع إذا ظهر على عيب قديم ، وإذا لم يلزمه طرح البناء والغله فهنا أولى ويجيء على هذا القول : أنه لو اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة ، فإنه يخبر أنها حصلت بغير شيء ، وإن اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشتراها بخمسة أخبر أنها تقومت عليه بدرهمين ، وإن اشتراها بخمسة عشر أخبر أنها تقومت عليه بأثنى عشر ، نص أحمد على نظير هذا ، وعلى هذا يطرح الربح من الثمن الثاني كيفما كان ، فإن لم يربح ولكن اشتراها ثانية بخمسة أخبر بها ، لأنها ثمن العقد الذي إلى المراجعة ، ولو خسر فيها مثل أن اشتراها بخمسة عشر ثم باعها بعشرة ثم اشتراها بأى ثمن كان أخبر به ، ولم يجوز أن يضم الحسارة إلى الثمن الثاني ، فيخبر به في المراجعة بغير خلاف نعلبه ، وهذا يدل على صحة ما ذكرناه ، والله أعلم .

(فصل) وكل ما قلنا أنه يلزمه أن يخبر به في المراجعة ويدينه فلم يفعل ، فإن البيع لا يفسد به ، ويثبت للمشتري الخيار بين الأخذ به وبين الرد ، إلا في الخبر بزيادة على رأس ماله على ما قدمناه من القول فيه ، وإن اشتراه بثمن مؤجل ولم يبين أمره فعن أحمد : أنه يخبر بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد حالا وبين الفسخ ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، لأن البائع لم يرض بزمة المشتري وقد تكون ذمته دون ذمة البائع ، فلا يلزمه الرضى بذلك ، وحكى ابن المنذر عن أحمد : أنه إن كان المبيع قائما كان له ذلك إلى الأجل ، يعنى وإن شاء فسخ ، وإن كان قد استهلك حبس المشتري الثمن بقدر الأجل وهذا قول شريح ، لأنه كذلك

وقع على البائع ، فيجب أن يكون للمشتري أخذه بذلك على صفته ، كما لو أخبر بزيادة على الثمن ، وكونه لم يرض بذمة المشتري لا يمنع نفوذ البيع بذلك كما أنه إذا أخبر بزيادة لم يرض ببيعه إلا بما أخبر به ، ولم يلتفت الى رضاه ، بل وجب الرجوع الى ما وقع به البيع الاول . كذا هنا

(فصل) فإن ابتاعه بدنانير فأخبر أنه اشتراه بدراهم ، أو كان بالعكس أو اشتراه بعرض فأخبر أنه اشتراه بثمن ، أو بثمن فأخبر أنه اشتراه بعرض وأشباه هذا ، فلمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين الرضى به بالثمن الذى تبايعا به كسائر المواضع الذى ثبت فيها ذلك .

(فصل) وإن ابتاع اثنان ثوبا بعشرين أو بذل لهما فيه اثنان وعشرون . فاشترى أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر ، فإنه يخبر فى المراجعة بأحد وعشرين نص عليه أحمد ، وهذا قول النخعي ، وقال الشعبي . يبيعه على اثنين وعشرين ، لأن ذلك الدرهم الذى كان أعطيه قد كان أحرزه ثم رجع بعد ذلك الى قول ابراهيم ولا نعلم أحداً خالف ذلك ، لأنه اشترى نصفه الاول بعشرة ثم اشترى نصفه الثانى بأحد عشر ، فصار مجموعهما أحدا وعشرين .

(فصل) قال أحمد : ولا بأس أن يبيع بالرقم ، ومعناه : أن يقول : بعثك هذا الثوب برقه ، وهو الثمن المكتوب عليه اذا كان معلوماً لهما حال العقد ، وهذا قول عامة الفقهاء ، وكرهه طاوس .

ولنا أنه يبيع بثمن معلوم ، فأشبه ما لو ذكر مقداره ، أو ما لو قال : بعثك هذا بما اشتريته به ، وقد علما قدره ، فإن لم يكن معلوما لهما أو لأحدهما لم يصح لأن الثمن مجهول ، قال أحمد : والمساومة عندى أسهل من بيع المراجعة ، وذلك لأن بيع المراجعة تعثره أمانة واسترسال من المشتري ، ويحتاج فيه الى تبين الحال على وجهه فى المواضع التى ذكرناها ، ولا يؤمن هوى النفس فى نوع تأويل أو غلط . فيكون على خطر وغرر ، وتجنب ذلك أسلم وأولى .

(فصل) ويبيع التولية : هو البيع بمثل ثمنه من غير نقص ولا زيادة ، وحكمه فى الأخبار بثمنه ، وتبيين ما يلزمه تبينه حكم المراجعة فى ذلك كله ، ويصح بلفظ البيع ولفظ التولية .

«مسألة» قال (وان أخبر بنقصان من رأس ماله كان على المشتري رده أو اعطاؤه ما غلط به ، وله أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شرائها بأكثر) وجلة ذلك : أنه إذا قال في المراجعة : رأس مالى فيه مائة وأربع عشرة ، ثم عاد فقال : غلطت رأس مالى فيه مائة وعشرة ؛ لم يقبل قوله فى الغلط الا بينة تشهد أن رأس ماله عليه ما قاله ثانيا ، وذكره ابن المنذر عن أحمد وإسحاق ، وروى أبو طالب عن أحمد : اذا كان البائع معروفا بالصدق قبل قوله ، وان لم يكن صدوقا جاز البيع .

قال القاضى : وظاهر كلام الخرقى : أن القول قول البائع مع يمينه . لأنه لما دخل معه فى المراجعة فقد ائتمنه . والقول قول الامين مع يمينه كالوكيل والمضارب والظاهر أن الخرقى لم يترك ذكر ما يلزم البائع فى إثبات دعواه لكونه يقبل مجرد دعواه . بل لأنه عطفه على المسألة قبلها . وقد ذكر فيها فلم أنه زاد فى رأس المال ولم يتعرض لما يحصل به العلم لكن قد علمنا أن العلم إنما يحصل بينة أو إقرار . كذلك علم غلطه ههنا يحصل بينة أو إقرار من المشتري . وكون البائع مؤثما لا يوجب قبول دعواه فى الغلط ؛ كالمضارب والوكيل اذا أقر بأربع ثم قال غلطنا أو نسينا . واليمين التى ذكرها الخرقى ههنا إنما هى على نفي عليه بغطط نفسه وقت البيع . لا على اثبات غلطه . وعن أحمد رواية ثالثة : أنه لا يقبل قول البائع وان أقام به بينة حتى يصدقه المشتري ، وهو قول الثورى والشافعى . لأنه أقر بالثمن وتعلق به حق الغير . فلا يقبل رجوعه ولا بينته لإقراره بكنبها .

ولنا : أنها بينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البينات . ولا نسلم أنه أقر بخلافها ، فإن الإقرار يكون لغير المقر . وحالة أخباره بشئها لم يكن عليه حق لغيره . فلم يكن إقرار . فإن لم تكن بينة أو كانت له بينة وقبلنا لاتقبل بينته فادعى أن المشتري يعلم غلطه فأنكر المشتري فالقول قوله . وان طلب يمينه فقال القاضى : لا يمين عليه . لأنه مدع واليمين على المدعى عليه . ولأنه قد أقر له فيستغنى الإقرار عن اليمين ، والصحيح : أن عليه اليمين أنه لا يعلم ذلك . لأنه ادعى عليه ما يلزمه به رد السلعة أو زيادة فى ثمنها فلزمته اليمين كوضع الوفاق وليس هو ههنا مدعياً . إنما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الأول .

ثم قال الحرقي : له أن يخلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شرائها أكثر . وهذا صحيح ، فإنه لو باعها بهذا الثمن عالماً بأن ثمنها عليه أكثر لزمه البيع بما عقد عليه ، لأنه تعاطى شيئاً عالماً بالحال ، فلزمه كمشترى المعيب عالماً بعيبه ، وإذا كان البيع يلزمه بالعلم فادعى عليه لزمته اليمين ، فإن نكل قضى عليه ، وإن حلف خير المشتري بين قبوله بالثمن والزيادة التي غلط بها وحطها من الربح وبين فسخ العقد ، ويحتمل أنه إذا باعه بمائة وبيع عشرة ، ثم أنه غلط بعشرة لا يلزمه حط العشرة من الربح ، لأن البائع رضى ببيع عشرة في هذا المبيع فلا يكون له أكثر منها . وكذلك إن تبين له أنه زاد في رأس ماله لا ينقص الربح من عشرة ، لأن البائع لم يبعه إلا ببيع عشرة .

فأما إن قال وأربح في كل عشرة درهما ، أو قال ده يازدة لزمه حط العشرة من الربح في الغلط والزيادة على الثمن في الصورتين ، وإنما أثبتنا له الخيار لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة ، فإذا بان أكثر كان عليه ضرر في التزامه فلم يلزمه كالمعيب ، وإن اختار أخذها بمائة وأحد وعشرين لم يكن للبائع خيار لأنه قد زاده خيراً فلم يكن له خيار كبائع المعيب إذا رضيه المشتري ، وإن اختار البائع إسقاط الزيادة عن المشتري فلا خيار له أيضاً ، لأنه قد بذلها بالثمن الذي وقع عليه العقد وتراضيا به .

فصل في بيع

ويجوز بيع المواضعة ، وهو أن يخبر برأس ماله ثم يقول : بعثك هذا به وأضع عنك كذا ، فإن قال بوضيعة درهم من كل عشرة كره ، لما ذكرنا في المراجعة وصح : ويطرح من كل عشرة درهما ؛ فإن كان الثمن مائة لزمه تسعون ويكون الحط عشرة . وقال قوم يكون الحط من كل أحد عشر درهما ، فيكون ذلك تسعة دراهم وجزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم وتبقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ، وهذا غلط ، لأن هذا يكون حطاً من كل أحد عشر وهو غير ما قاله .

فأما إن قال بوضيعة درهم لكل عشرة كان الوضيعة من كل أحد عشر درهما ويكون الباقي تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم . وهذا قول

أبي حنيفة والشافعي . وحكى عن أبي ثور أنه قال : الخط ههنا عشرة مثل الاولى وليس بصحيح ، فانه اذا قال لكل عشرة درهما يكون الدرهم من غيرها ، فكأنه قال من كل أحد عشر درهما درهما ، واذا قال من كل عشرة درهما كان الدرهم من العشرة ، لأن « من » للتبعض ، فكأنه قال آخذ من العشرة تسعة وأعط منها درهما .

(فصل) اذا اشترى رجل نصف سلعة بعشرة واشترى آخر نصفها بعشرين ثم باعاها مساومة بثمن واحد فهو بينهما نصفان ، لا نعلم فيه خلافا ؛ لأن الثمن عوض عنها فيكون بينهما على حسب ملكيهما فيها ، وان باعاها مربحة أو مواضعة أو تولية فكذلك نص عليه احمد ، وهو قول ابن سيرين والحكم قال الاثرم : قال أبو عبد الله رحمه الله : اذا باعها فالثمن بينهما نصفان ، قلت أعطى أحدهما أكثر مما أعطى الآخر ، فقال وان ألبس الثوب بينهما الساعة سواء فالثمن بينهما ؛ لأن كل واحد منهما يملك مثل الذى يملك صاحبه ، وحكى أبو بكر عن أحمد رواية أخرى : ان الثمن بينهما على قدر رموس أموالهما ، لان بيع المربحة يقتضى أن يكون الثمن في مقابلة رأس المال ، فيكون مقسوماً بينهما على حسب رموس أموالهما ، ولم أجد عن أحمد رواية بما قال أبو بكر ، وقيل هذا وجه خروجه أبو بكر وليس برواية ، والمذهب الاول لأن الثمن عوض المبيع وملكهما متساو فيه ، فكان ملكهما كعوضه متساويا كما لو باعاه مساواة

فصل

ومتى باعاه السلعة برقها ولا يعلمانه أو جهلا رأس المال في المربحة أو المواضعة أو التولية ، أو جهل ذلك أحدهما ، أو جهل قدر الربح أو قدر الوضعة فالبيع باطل ، لأن العلم بالثمن شرط لصحة البيع فلا يثبت بدونه ، ولو باعه بمائة ذهباً وفضة لم يصح البيع ؛ وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يصح ويكون نصفين ، لان الإطلاق يقتضى التسوية كالإقرار

ولنا ان قدر كل واحد منهما مجهول فلم يصح ، كما لو قال بمائة بعضها ذهب ، وقوله انه يقتضى التسوية لا يصح ، فانه لو فسره بغير ذلك صح ، وكذلك لو أقر له بمائة ذهباً وفضة فالقول قوله في قدر كل واحد منهما

« مسألة ، قال (وإذا باع شيئاً واختلفا في ثمنه تحالفا ، فإن شاء المشتري أخذه بعد ذلك بما قال البائع والا انفسخ البيع بينهما ، والمبتدئ باليمين البائع)

والكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

أحدها أنه إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ؛ فقال البائع بعثك بعشرين وقال المشتري بل بعشرة ولاحدهما بينة حكم بها ، وإن لم يكن لهما بينة تحالفا ، وبهذا قال شريح وأبو حنيفة والشافعي ومالك في رواية ، وعنه القول قول المشتري مع يمينه ، وبه قال أبو ثور وزفر ، لأن البائع يدعى عشرة زائدة ينكرها المشتري والقول قول المنكر

وقال الشعبي : القول قول البائع أو يترادان البيع ، وحكاه ابن المنذر عن إمامنا رحمه الله . وروى ابن مسعود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع » رواه سعيد وابن ماجه وغيرهما ، والمشهور في المذهب الاول ، ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً وأن القول قول البائع مع يمينه ، فإذا حلف فرضى المشتري بذلك أخذ به ؛ وإن أبى حلف أيضاً وفسخ البيع بينهما ، لأن في بعض ألفاظ حديث ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا ، ولأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فإن البائع يدعى عقداً بعشرين ينكره المشتري ، والمشتري يدعى عقداً بعشرة ينكره البائع والعقد بعشرة غير العقد بعشرين ، فشرعت اليمين في حقهما ، وهذا الجواب عما ذكره .

الفصل الثاني : ان المبتدئ باليمين البائع ، فيحلف ما بعته بعشرة وإنما بعته بعشرين ، فإن شاء المشتري أخذه بما قال البائع والا يحلف ما اشتريته بعشرين ؛ وإنما اشتريته بعشرة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يبتدئ يمين المشتري لانه منكر واليمين في جنبته أقوى ، ولانه يقضى بنكوله وينفصل الحكم ، وما كان أقرب الى فصل الخصومة كان أولى

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فالقول ما قال البائع » وفي لفظ « فالقول

ما قال البائع ، والمشتري بالخيار ، رواه الإمام أحمد ، ومعناه إن شاء أخذ وإن شاء حلف ، ولأن البائع أقوى جنبه ، لأنهما إذا تحالفا عاد المبيع اليه فكان أقوى كصاحب اليد ، وقد بينا أن كل واحد منهما منكر في تساويان من هذا الوجه ، والبائع إذا نكل فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويقضى له ، فهما سواء .

الفصل الثالث : أنه إذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضى عليه .

وإن نكل البائع حلف المشتري وقضى له ، وإن حلفا جميعا لم يفسخ البيع بنفس التحالف ، لأنه عقد صحيح فتنازعهما وتعارضهما لا يفسخه ، كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه ، لكن إن رضى أحدهما بما قال صاحبه أقر العقد بينهما ، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما الفسخ . هذا ظاهر كلام أحمد ؛ ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ، لأن العقد صحيح وأحدهما ظالم ، وإنما يفسخه الحاكم لتعذر إرضائه في الحكم . فأشبهه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « أو يترادان البيع ، وظاهره استقلالهما بذلك ، وفي القصة « أن ابن مسعود رضى الله عنه باع الأشعث بن قيس رقيقا من رقيق الإمارة ، فقال عبد الله : بعتك بعشرين ألفاً ، قال الأشعث اشتريت منك بعشرة آلاف ، فقال عبد الله : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والمبيع قائم بعينه فالقول قول البائع ، أو يترادان البيع . قال : فإني أرد البيع ، رواه سعيد عن هشيم عن ابن أبي ليلى عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابن مسعود

وروى أيضا حديثا عن عبد الملك بن عبيدة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ، ثم كان المشتري بالخيار ، إن شاء أخذ وإن شاء ترك ، وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم ، لأنه جعل الخيار اليه ؛ فأشبهه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب ، ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبه الرد بالغيب ، ولا يشبه النكاح ، لأن لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق ، وإذا فسخ العقد فقال القاضي : ظاهر كلام أحمد أن الفسخ ينفذ ظاهراً

وباطنا لانه فسخ لاستدراك الظلامة ، فهو كالد بالعيب أو فسخ عقد بالتحالف -
فوقع في الظاهر والباطن كالفسخ باللعان

وقال أبو الخطاب : إن كان البائع ظالما لم يفسخ العقد في الباطن ، لانه كان
يمكنه إمضاء العقد واستيفاء حقه فلا يفسخ العقد في الباطن ولا يباح له التصرف
في المبيع لانه غاصب ؛ فإن كان المشتري ظالما افسخ البيع ظاهرا وباطنا لعجز
البائع عن استيفاء حقه فكان له الفسخ كما لو أفلس المشتري ؛ ولا أصحاب الشافعي
وجهان كهذين .

ولهم وجه ثالث انه لا يفسخ في الباطن بحال ؛ وهذا فاسد ، لانه لو علم أنه
لم يفسخ في الباطن بحال لما أمكن فسخه في الظاهر ، فإنه لا يباح لكل واحد
منهما التصرف فيما رجع اليه بالفسخ ، ومتى علم أن ذلك محرم منع منه ، ولأن
الشارع جعل للظلم منهما الفسخ ظاهرا وباطنا ، فانفسخ بفسخه في الباطن كالد
بالعيب ، ويقوى عندي أنه ان فسخه الصادق منهما افسخ ظاهرا وباطنا لذلك ،
وإن فسخه الكاذب ظاهرا بكذبه لم يفسخ بالنسبة اليه لانه لا يحل له الفسخ فلم
يثبت حكمه بالنسبة إليه ، ويثبت بالنسبة الى صاحبه فيباح له التصرف فيما رجع
اليه ، لانه رجع اليه بحكم الشرع من غير عدوان منه ، فأشبه ما لو رد عليه المبيع
بدعوى العيب ولا عيب فيه .

د مسألة ، قال (فإن كانت السلعة تالفة تحالفا ورجعا الى قيمة مثلها ، إلا أن
يشاء المشتري أن يعطى الثمن على ما قال البائع ، فإن اختلفا في الصفة فالقول قول
المشتري مع يمينه في الصفة)

وجملته أنهما اذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلقاها فعن أحمد فيها روايتان :
إحداهما يتحالفان ، مثل ما لو كانت قائمة ، وهو قول الشافعي وإحدى
الروايتين عن مالك

والاخرى القول قول المشتري مع يمينه — اختارها أبو بكر — وهذا قول
النخعي والثوري والاوزاعي وأبي حنيفة . لقوله عليه السلام في الحديث «والسلعة

قائمة ، ففهموه : أنه لا يشرع التحالف عند تلفها ، ولأنها اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واستحقاق عشرة في ثمنها واختلفا في عشرة زائدة البائع يدها والمشتري ينكرها ، والقول قول المنكر ، وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه فقيما عداه يبق على القياس .

ووجه الرواية الأولى : عموم قوله « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار » وقال أحد : ولم يقل فيه « والمبيع قائم » إلا يزيد بن هارون ، قال أبو عبد الله : وقد أخطأ رواة الحلف عن السعدي لم يقولوا هذه الكلمة ، ولكنها في حديث معن ، ولأن كل واحد منها مدع ومنكر ، فيشرع اليقين كحال قيام السلعة وما ذكره من المعنى يطل بحال قيام السلعة ، فإن ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها ، وقولهم : تركناه للحديث : قانا : ليس في الحديث تحالفا ، وليس ذلك بثابت في شيء من الأخبار ، قال ابن المنذر : وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه ، وعلى أنه إذا خولف الأصل لمعنى وجب تعدية الحكم بتعدي ذلك المعنى ، فنقيس عليه ، بل يثبت الحكم بالبينة فإن التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى ، فإذا تحالفا فإن رضى أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه ، وإن لم يرضا فلكل واحد منها فسخه كما له ذلك في حال بقاء السلعة ، ويرد الثمن الذي قبضه البائع إلى المشتري ، ويدفع المشتري قيمة السلعة إلى البائع ، فإن كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاضا ، وينبغي أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري ، ويكون القول قول المشتري مع يمينه لأنه لا فائدة في يمين البائع ولا فسخ البيع لأن الحاصل بذلك الرجوع إلى ما ادعاه المشتري ، وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لأن ذلك ضرر عليه من غير فائدة ، ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشتري ، ومتى اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفا بصفاتهما فإن اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه غارم والقول قول الغارم .

(فصل) وإن تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا في

قدره ، فالقول قول البائع لانه منكر لما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد ، فأشبه ما لو اختلفا في القبض .

(فصل)

وان قال : بعتك هذا العبد بألف ، فقال : بل هو والعبد الآخر بألف ، فالقول قول البائع مع يمينه ، وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي : يتحالفان : لانها اختلفا في أصل عوضى العقد ، فيتحالفان كما لو اختلفا في الثمن . ولما أن البائع ينكر بيع العبد الزائد فكان القول قوله يمينه ، كما لو ادعى شراعه منفردا .

(فصل) وان اختلفا في عين المبيع ، فقال . بعتك هذا العبد ، قال : بل بعثني هذه الجارية ، فالقول قول كل واحد منها فيما ينكره مع يمينه لان كل واحد منها يدعى عقداً على عين ينكرها المدعى عليه ، والقول قول المنكر فان حلف البائع : ما بعتك هذه الجارية ، أقرت في يده أن كانت في يده ، وردت عليه أن كان مدعيها قد قبضها ، وأما العبد فان كان في يد البائع أقر في يده ، ولم يكن للمشتري طلبه لانه لا يدعيه ، وعلى البائع رد الثمن اليه لانه لم يصل اليه المحقود عليه ، وإن كان في يد المشتري فعليه رده الى البائع لانه يعترف أنه لم يشتريه ، وليس للبائع طلبه اذا بذل له ثمنه لاعترافه ببيعه : وإن لم يعطه ثمنه فله فسخ البيع واسترجاعه لانه تعذر عليه الوصول الى ثمنه فملك الفسخ ، كما لو أفلس المشتري ، وإن أقام كل واحد منها بينة بدعواه ثبت العقدان لانها لا يتنافيان فأشبه ما لو ادعى أحدهما البيع فيهما جميعا وأنكره الآخر ، وإن أقام أحدهما بينة بدعواه دون الآخر ، ثبت ما قامت عليه البينة دون ما لم تقم عليه .

(فصل) فان اختلفا في صفة الثمن رجع الى نقد البلد ، نص عليه في رواية الاثرم ، لان الظاهر أنهما لا يعقدان الا به ، وإن كان في البلد نقود رجع الى أوسطها ، نص عليه في رواية جماعة ، فيحتمل أنه أراد اذا كان هو الاغلب ، والمعاملة به أكثر ، لان الظاهر وقوع المعاملة به فهو كما لو كان في البلد نقد واحد ويحتمل أنه ردهما اليه من التساوى لان فيه توسطاً بينهما وتسوية بين حقيهما :

وفى العدول الى غيره ميل على أحدهما فكان التوسط أولى : وعلى مدعى ذلك اليمين لان ما قاله خصمه محتمل فتجب اليمين لنفى ذلك الاحتمال ، كوجوبها على المنكر ، واذا لم يكن فى البلد الا نقدان متساويان فينبغى أن يتحالفا ، لانهما اختلفا فى الثمن على وجه لم يترجح قول أحدهما فيتحالفا كما لو اختلفا فى قدره .

(فصل) وان اختلفا فى أجل أو رهن أو فى قدرهما أو فى شرط خيار أو ضمن أو غير ذلك من الشروط الصحيحة ، ففيه روايتان :

احدهما : يتحالفا وهو قول السافعي ، لانهما اختلفا فى صفة العقد فوجب أن يتحالفا قياسا على الاختلاف فى الثمن .

والثانية : القول قول من ينفى ذلك مع يمينه ، وهو قول أبي حنيفة ، لان الاصل عدمه ، فالقول قول من ينفيه كأصل العقد لانه منكر ، والقول قول المنكر .

(فصل) وان اختلفا فيما يفسد العقد أو شرط فاسد فقال : بعثك بخمر أو خيار مجهول ، فقال . بل بعثى بنقد معلوم ، أو خيار ثلاث ، فالقول قول من يدعى الصحة مع يمينه لان ظهور تعاطى المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه للفساد وان قال . بعثك مكرها فأفكره فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الاكراه وصحة البيع ، وان قال ، بعثك وأنا صبي ، فالقول قول المشتري . نص عليه ، وهو قول الثوري واسحاق ، لانهما اتفقا على العقد واختلفا فيما يفسده . فكان القول قول من يدعى الصحة كاتى قبلها ، ويحتمل أن يقبل قول من يدعى الصغر لانه الاصل ، وهو قول بعض أصحاب السافعي ، ويفارق ما اذا اختلفا فى شرط فاسد . أو اكراه لوجبهين .

أحدهما : أن الاصل عدمه ، وهما الاصل بقاؤه .

والثاني . أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى الا الصحيح . وهما ما ثبت أنه كان مكلفا . وان قال ، بعثك وأنا مجنون : فان لم يعلم له حال جنون فالقول قول المشتري ، لان الاصل عدمه ، وان ثبت أنه كان مجنونا فهو كالصبي ؛ ولو قال العبد بعثك وأنا غير مأذون لى فى التجارة ، فالقول قول المشتري ؛ نص عليه

في رواية مهنا ، لانه مكلف ، والظاهر : أنه لا يعقد الا عقداً صحيحاً .

(فصل وان مات المتبايعان فورتهما بمنزلهما في جميع ما ذكرناه ، لانهم يقومون مقامهما في أخذ ماليهما وإرث حقوقهما ، فكذلك ما يلزمهما أو يصير لهما .)
(فصل) وان اختلفا في التسليم فقال البائع . لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري . لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع ، والثن في الذمة أجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن ، فإن كان عيناً أو عرضاً بعرض جعل بينهما عدل ، فيتبعض منهما ثم يسلم اليهما ، وهذا قول الثوري وأحد قولي الشافعي ، وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الإطلاق وهو قول ثان للشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك . يجبر المشتري على تسليم الثمن ، لان للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن ، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمترين .

ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتماه ، فكان تقديمه أولى سيما مع تعلق الحكم بعينه ، وتعلق حق البائع بالذمة وتقديم ما تعلق بالعين أولى لنا كده ، ولذلك يقدم الدين الذي به الرهن في ثمنه على ما تعلق بالذمة ، ويخالف الرهن ، فإنه لا تتعلق به مصلحة عقد الرهن ، والتسليم مهنا يتعلق به مصلحة عقد البيع ، وأما اذا كان الثمن عيناً فقد تعلق الحق بعينه أيضاً كالمبيع فاستويا ، وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه .

ووجه الرواية الاخرى . أن الذي يتعلق به استقرار البيع وتماه هو المبيع ، فوجب تقديمه ، ولان الثمن لا يتعين بالتعيين فأشبهه غير المعين .

واذا ثبت هذا ، وأوجنا التسليم على البائع فسله ، فلا يخلو المشتري من أن يكون موسراً أو معسراً ، فان كان موسراً والثمن معه أجبر على تسليمه ، وان كان غائباً قريباً في بيته أو بلده حجر عليه في المبيع وسائر ماله حتى يسلم الثمن خوفاً من أن يتصرف في ماله تصرفاً يضر بالبائع ، وان كان غائباً عن البلد في مسافة القصر فالبايع مخير بين أن يصبر الى أن يوجد وبين فسخ العقد ، لانه قد تعذر عليه الثمن فهو كالمفلس ، وان كان دون مسافة القصر فله الخيار في أحد الوجهين

لأن فيه ضرراً عليه ، والثاني : لا خيار له ، لأن ما دون مسافة القصر بمنزلة الحاضر وإن كان المشتري معسراً فللبائع الفسخ في الحال والرجوع في المبيع ؛ وهذا كله مذهب الشافعي .

ويقوى عندي : أنه لا يجب عليه تسليم المبيع حتى يحضر الثمن ويتمكن المشتري من تسليمه ، لأن البائع إنما رضى ببذل المبيع بالثمن ، فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه ، ولأن المتعاقدين سواء في المعاوضة فيستويان في التسليم وإنما يؤثر ما ذكر من الترجيح في تقديم التسليم مع حضور العوض الآخر لعدم الضرر فيه ، وأما مع الحظر المحجور إلى الحجر أو المحجوز للفسخ ، فلا ينبغي أن يثبت ولأن شرع الحجر لا يندفع به الضرر ، ولأنه يقف — على الحاكم ويتعذر ذلك في الغالب ، ولأن ما أثبت الحجر والفسخ بعد التسليم فهو أولى أن يمنع التسليم ، لأن المنع أسهل من الرفع والمنع قبل التسليم أسهل من المنع بعده ولذلك ملكت المرأة منع نفسها قبل قبض صداقها قبل تسليم نفسها ولم تملكه بعد التسليم ، ولأن للبائع منع المبيع قبل قبض ثمنه أو كونه بمنزلة المقبوض لإمكان تقيضه وإلا فلا ، وكل موضع قلنا له الفسخ فله ذلك بغير حكم حاكم : لأنه فسخ للبيع للإعسار يشمنه فملكه البائع كالفسخ في عين ماله إذا أفلس المشتري ، وكل موضع قلنا يحجر عليه فذلك إلا الحاكم ، لأن ولاية الحجر إليه .

(فصل) فإن هرب المشتري قبل وزن الثمن وهو معسر فللبائع الفسخ في الحال لأنه إذا ملك الفسخ مع حضوره فحضره هربه أولى ، وإن كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم ؛ ثم إن وجد الحاكم له مالا قضاه والاباع المبيع وقضى ثمنه منه وما فضل فهو للمشتري ، وإن أعوز في ذمته ، ويقوى عندي أن للبائع الفسخ بكل حال ؛ لانتا أبحتنا له الفسخ مع حضوره إذا كان الثمن بعيداً عن البلد لما عليه من ضرر التأخير ، فهنا مع العجز عن الاستيفاء بكل حال أولى ، ولا يندفع الضرر برفع الأمر إلى الحاكم لعجز البائع عن إثباته عند الحاكم ، وقد يكون البيع في مكان لا حاكم فيه ، والغالب أنه لا يحضره من يقبل الحاكم شهادته في حالته على هذا تضيق ماله . وهذه الفروع تقوى ما ذكرته من أن للبائع منع المشتري من قبض المبيع قبل احضار ثمنه لما في ذلك من الضرر .

فصل في

وليس للبائع الامتناع من تسليم المبيع بعد قبض الثمن لأجل الاستبراء، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وحكى عن مالك في القبيحة. وقال في الجميلة: يضعها على يدي عدل حتى تستبرأ، لأن التهمة تلحقه فيها فتمنع منها ولنا أنه يبيع عين لا خيار فيها قد قبض ثمنها أوجب تسليمها كسائر المبيعات وما ذكره من التهمة لا يمكنه من التسلط على منه من قبض مملوكته كالقبيحة ولأنه إذا كان استبرأها قبل بيعها فاحتمال وجود الحمل فيها بعيد نادر، وإن كان لم يستبرئها فهو ترك التحفظ لنفسه. ولو طالب المشتري البائع بكفيل لثلا تظهر حاملا لم يكن له ذلك، لأنه ترك التحفظ لنفسه حال العقد فلم يكن له كفيل كما لو طلب كفيلًا بائناً المؤجل

«مسألة» قال (ولا يجوز بيع الآبق)

وجعلته أن يبيع العبد الآبق لا يصح، سواء علم مكانه أو جهله، وكذلك ما في معناه من الحمل الشارد والفرس العائر وشبههما. وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي. وروى عن ابن عمر: أنه اشترى من بعض ولده بعير أشاردا، وعن ابن سيرين: لا بأس ببيع الآبق إذا كان عليهما فيه واحد، وعن شريح مثله.

ولنا ما روى أبو هريرة قال: «نبي رسول الله صلى الله عليه وسلم» لم عن بيع الحصة وعن بيع الغرر، رواه مسلم، وهذا بيع غرر، ولأنه غير مقدور على تسليمه فلم يجز بيعه كالطير في الهواء، فإن حصل في يد إنسان جاز بيعه لإمكان تسليمه

«مسألة» قال (ولا الطائر قبل أن يصاد)

وجعل ذلك أنه إذا باع طائراً في الهواء لم يصح - مملوكاً أو غير مملوك - أما المملوك فلا لأنه غير مقدور عليه، وغير المملوك لا يجوز لعلتين. إحداهما العجز عن تسليمه، والثانية أنه غير مملوك له، والأصل في هذا نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر. وقيل في تفسيره هو بيع الطير في الهواء والسماك في الماء،

ولا نعلم في هذا خلافاً، ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أو لا يألفه، لأنه لا يقدر على تسليمه الآن، وإنما يقدر عليه إذا عاد

فإن قيل فالغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال

قلنا . الغائب يقدر على استحضاره . والطير لا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكة برده ، فيكون عاجزاً عن تسليمه لعجزه عن الوسطة التي يحصل بها تسليمه بخلاف الغائب ، وإن باعه الطير في البرج نظرت فإن كان البرج مفتوحاً لم يجز ، لأن الطير إذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه ، فإن كان مغلقاً ويمكن أخذه جاز بيعه

وقال القاضي : إن لم يمكن أخذه إلا بتعب ومشقة لم يجز بيعه لعدم القدرة على تسليمه ، وهذا مذهب الشافعي . وهو ملغى بالبعيد الذي لا يمكن إحضاره إلا بتعب ومشقة ، وفرقوا بينهما بأن البعيد تعلم الكلفة التي يحتاج إليها في إحضاره بالعادة وتأخير التسليم مدته معلومة ، ولا كذلك في إمساك الطائر ، والصحيح إن شاء الله تعالى أن تفاوت المدة في إحضار البعيد واختلاف المشقة أكثر من التفاوت والاختلاف في إمساك طائر من البرج ، والعادة تكون في هذا كالعادة في ذاك ، فإذا صح في البعيد مع كثرة التفاوت وشدة اختلاف المشقة فهذا أولى

• مسألة ، قال (ولا السمك في الأجام)

هذا قول أكثر أهل العلم . روى عن ابن مسعود أنه نهى عنه ، وقال إنه غرر ، وكره ذلك الحسن والنخعي ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور ولا نعلم لهم مخالفاً لما ذكرنا من الحديث ، والمعنى لا يجوز بيعه في الماء إلا أن يجتمع ثلاثة شروط . أحدها أن يكون مملوكاً . الثاني أن يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ومعرفته . الثالث أن يمكن اصطیاده وإمساكه ، فإن اجتمعت هذه الشروط جاز بيعه لأنه مملوك معلوم مقدور على تسليمه ، فجاز بيعه كالموضوع في الطست ، وإن اختلف شرط مما ذكرنا لم يجز بيعه لذلك ، وإن اختلفت الثلاثة لم يجز بيعه لثلاث علل ، وإن اختلف اثنان منها لم يجز بيعه لعلتين

وروى عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى فيمن له أجرة يحبس السمك فيها يجوز بيعه ، لأنه يقدر على تسليمه ظاهراً ، أشبه ما يحتاج الى مؤنة في كيله ووزنه ونقله .

ولنا ما روى عن ابن عمر وابن مسعود أنها قالوا لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، وهذا منه ، ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا بعد اصطياده ، أشبه الطير في الهواء والعبد الآبق ، ولأنه مجهول فلم يصح بيعه ، كاللبن في الضرع والنوى في الثمر ، ويفارق ما ذكره لأن ذلك من مؤنة القبض ، وهذا يحتاج الى مؤنة ليتمكن قبضه ، فأما ان كانت له بركة فيها سمك له يمكن اصطياده بغير كلفة والماء رقيق لا يمنع مشاهدته صح بيعه ، وان لم يمكن إلا بمشقة وكلفة يسيرة بمنزلة كلفة اصطياده الطائر من البرج ، فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج على ما ذكرنا فيه من الخلاف ، وإن كانت كثيرة وتطاول المدة فيه لم يحز بيعه العجز عن تسليمه والجهل بوقت إمكان التسليم

فصل

إذا أعد بركة أو مصفاة ليصطاد فيها السمك فحصل فيها سمك ملكه ، لأنه آلة معدة للاصطياد فأشبه الشبكة ، ولو استأجر البركة أو الشبكة أو استعارها للاصطياد جاز ، وما حصل فيهما ملكه ، وان كانت البركة غير معدة للاصطياد لم يملك ما حصل فيها من السمك ، لأنها غير معدة له . فأشبهت أرضه إذا دخل فيها صيد أو حصل فيها سمك ، ومتى نصب شبكة أو شركاً أو فخاً أو أحبولة ملك ما وقع فيها من الصيد ، لأنه بمنزلة يده . وكذلك لو نصب المناجل للصيد وسمى فقتلت صيداً حل له أكله ، وكان كذبجه . ولو وقع في شبكته أو شبهها شيء كان مضموناً عليه فلم بذلك أنه كتيده . ولو أعد لمياه الامطار مصانع أو بركاً أو أواني ليحصل فيها الماء ملكه بحصوله فيها . لأنها في باب الإعداد كالشباك للاصطياد ولو أعد سفينة للاصطياد كالتى يجعل فيها الضوء ويضرب صوانى الصفر ليأب السمك فيها كان حصوله فيها كحصوله في شبكته ، لكونها صارت من الآلات المعدة له ، ولو لم يعدها لذلك لم يملك ما وقع فيها ، ومن سبق إليه فأخذه ملكه كالارض التى لم تعد للاصطياد مثل أرض الزرع إذا دخلها ماء فيه سمك ثم نصب

عنه ، أو دخل فيها ظلي أو عشش فيها طائر ، أو سقط فيها جراد أو حصل فيها ملح لم يملكه صاحبها . لأنه ليس من غناء الأرض ولا مما هي معدة له ، لكنه يكون أحق به . إذ ليس لغيره التخطي في أرضه ولا الانتفاع بها ، فإن تخطى وأخذ خطأ وملكه . قال أحمد في ورشان على نخلة قوم صاده انسان هو للصائد ، وقال في طيرة لقوم أفرخت في دار جيرانهم . ان الفرخ يتبع الام برد فراخها على أصحاب الطيرة . واختار ابن عقيل في المأخوذ من أملاك الناس من صيد وكلاً وشبهه ، أنه لا يملكه بأخذه . لأنه سبب منهي عنه ، فلا يفد الملك كالبيع المنهي عنه ، إذ السبب لا يختلف بين كونه بيعاً أو غيره ، لقوله عليه السلام « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ، والصحيح الاول ، ولا نسلم أن السبب منهي عنه ، فإن السبب الاخذ ، وليس بمنهي عنه إنما نهى عن الدخول وهو غير السبب بخلاف البيع ، ولان النهي هنا لحق آدمي ، فلا يمنع الملك كبيع المصراة والمعيب ، وتلقى الركبان والنحش ، ويبيع على بيع أخيه ، ولو أعد أرضه للبلح فجعلها ملاحه ليحصل فيها الماء فيصير ملحاً ، كالأرض التي على ساحل البحر يجعل اليها طريقاً للماء فإذا امتلأت قطعه عنها ، أو تكون أرضه سبخة يفتح إليها الماء من عين أو يجمع فيها ماء المطر فيصير ملحاً ملكه بذلك لأنها معدة له ، فأشبهت البركة المعدة للصيد ، وإن لم يكن أعدها لذلك لم يملك ما حصل فيها كما قدمنا في مثلها . فإن قيل فقد روى عن أحد في إنسان رمى طيراً بيندق فوقه في دار قوم فهو لهم دونه ، وهذا يدل على أنهم ملكوه بمحصله في دارهم .

قلنا هذا محمول على أنه وقع بمنعاً فصاده أهل الدار فملكوه باصطيادهم ، كذلك قال ابن عقيل ؛ ويتعين حملة على هذا ، لأنهم إذا لم يملكوا ما حصل في دارهم بفعل الله تعالى ، فما حصل بفعل آدمي أولى ، ولأنه وقع في الدار بعد الضربة المنيئة له التي يملك بها الصيد ، فأشبه ما لو أطارت الريح ثوب إنسان فألقته في دارهم ، ولو كانت آلة الصيد كالشبكة والشرك والمناجل غير منصوبة للصيد ولا قصد بها الاصطياد ، فتعلق بها صيد لم يملكه صاحبها بذلك لأنها غير معدة للصيد في هذه الحال ؛ فأشبهت الأرض التي ليست معدة له

(فصل) وما حصل من الصيد في كلب إنسان أو صقره أو فهده وكان

استرسل بإرسال صاحبه فهو له لأنه آكد من الشبكة ، لأنه حيوان يحصل الصيد بفعله وقصده وإرسال صاحبه ، فهو كسهمه ، ولأن الله تعالى قال (٥ - ٤) فكلوا مما أمسكن عليكم . وإن استرسل بنفسه فحكمه حكم الصيد الحاصل في أرض انسان في أنه لا يملكه وليس لغيره أخذه ، فإن أخذه غيره ملكه كالكلأ ، وكذلك ما يحصل في بيعة انسان من الحشيش في المرعى .

« مسألة ، قال (والوكيل إذا خالف فهو ضامن ، إلا أن يرضى الأمر فيلزمه) »

وجملة ذلك أن الوكيل إذا خالف موكله فاشتري غير ما أمره بشرائه أو باع ما لم يؤذن له في بيعه أو اشتري غير ماعين له . فعليه ضمان ما فوت على المالك أو تلف لأنه خرج عن حال الامانة وصار بمنزلة الغاصب .

فأما قوله « إلا أن يرضى الأمر فيلزمه » ، يعنى إذا اشترى غير ما أمره بشرائه بضمن في ذمته فإن الشراء صحيح ويقف على اجازة الموكل ، فإن اجازته لزمه وعليه الثمن ، وإن لم يقبل لزم الوكيل ، ويتعين حمله على هذه الصورة . لأنه قد بين في موضع آخر ، فقال إلا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء وذكره في كتاب العتق أيضاً فلذلك تعين حمل هذه المسألة على ما قلنا ، وإنما صح الشراء لأنه متصرف في ذمته لا في مال غيره وسواء نقد الثمن من مال الموكل أم لا ؛ لأن الثمن هو الذى في الذمة والذى نقده عوضه ، ولذلك قلنا انه إذا اشترى في الذمة ونقده الثمن بعد ذلك كان له البدل ، وإن خرج مغضوباً لم يبطل العقد وإنما وقف على اجازة الأمر لأنه قصد الشراء له ، فإن اجازته لزمه وعليه الثمن ، وإن لم يقبله لزم من اشتراه .

(فصل)

وإن اشترى بعين مال الأمر أو باع بغير اذنه أو اشترى لغير موكله شيئاً بعين ماله أو باع ماله بغير اذنه ففيه روايتان :

احدهما البيع باطل ويجب رده ، وهذا مذهب الشافعى وأبى ثور وابن المنذر والثانية البيع والشراء صحيحان ويقف على اجازة المالك ؛ فإن اجازته نفذ ولزم

البيع ، وإن لم يجزه بطل ، وهذا مذهب مالك وإسحاق وقول أبي حنيفة في البيع ، فأما الشراء فعنده يقع للبشرى بكل حال .

ووجه هذه الرواية ما روى عروة بن الجعد البارقى رضى الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري به شاة ، فاشتري شاتين ثم باع أحدهما بدينار في الطريق ، قال فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار والشاة فأخبرته فقال : بارك الله لك في صفقة يمينك ، رواه الأثرم وابن ماجه ، ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه ، فيجب أن يقف على إجازته كالوصية

ووجه الرواية الأولى قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك ، رواه ابن ماجه والترمذى ، وقال حديث حسن صحيح ، يعنى مالا تملك ، لأنه ذكره جواباً له حين سأله أنه يبيع الشيء ثم يمضى فيشترته ويسلمه ولا نقاشاً على صحة بيع ماله الغائب ، ولأنه باع مالا يقدر على تسليمه ، فأشبه الطير في الهواء ، والوصية يتأخر فيها القبول عن الإيجاب ، ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد ، ويجوز فيها من الغرر مالا يجوز في البيع ، فأما حديث عروة فنحمله على أن وكائنه كانت مطلقة ، بدليل أنه سلم وتسلم ، وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا .

(فصل) ولا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها ليمضى ويشتريها ، ويسلمها رواية واحدة ، وهو قول الشافعى ولا نعلم فيه مخالفاً ، لأن حكيم بن حزام قال للنبي صلى الله عليه وسلم : إن الرجل يأتيني فيلتمس من البيع ما ليس عندي ، فأمضى إلى السوق فأشتره ثم أبيع منه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تبع ما ليس عندك ،

(فصل) ولو باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت لحكمه حكم ما لو باعها من غير علمه في قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفة وأبو ثور والشافعى . وقال ابن أبى ليلى : سكوته إقرار ، لأنه دليل على الرضى ، فأشبه سكوت البكر في الإذن في نكاحها .

ولنا أن السكوت محتمل فلم يكن إذناً كسكوت الثيب ، وفارق سكوت

البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها . وليس ذلك بوجود ههنا .
 (فصل) وإذا وكل رجلين في بيع سلعته ، فباع كل واحد منهما السلعة من رجل بشمن مسمى فالبيع للأول منهما ، روى هذا عن شرح وابن سيرين والشافعي وابن المنذر ، وحكى عن ربيعة ومالك أنها قالا : هي للذي بدأ بالقبض ولنا أنه قد روى في حديث « إذا باع المجيزان فهو للأول » رواه ابن ماجه ولائـن الوكيل الثاني زالت وكالته بانتفاء ملك الموكل عن السلعة ، فصار بائعاً ملك غيره بغير إذنه ، فلم يصح كما لو قبض الاول ، أو كما لو زوج أحد الوليين بعد الاول

« مسألة ، قال (ويبيع الملامسة والمنازمة غير جائز)

لا تعلم بين أهل العلم خلافا في فساد هذين البيعين . وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن الملامسة والمنازمة » متفق عليه ، واللامسة : أن يبيعه شيئا ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع ؛ والمنازمة أن يقول أى ثوب نبذته الى فقد اشتريته بكذا . هذا ظاهر كلام أحد ، ونحوه قال مالك والأوزاعي ، وفيما روى البخارى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المنازمة ، وهى طرح الرجل ثوبه بالبيع الى الرجل قبل أن يقبله أو ينظر إليه ، ونهى عن الملامسة لمس الثوب لا ينظر إليه »

وروى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة في تفسيرها قال « هو لمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ، والمنازمة أن ينبذ كل واحد ثوبه ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه » وعلى ما فسرناه به لا يصح البيع فيها لعلتين ، احدهما الجهالة ، والثانية كونه معلقا على شرط . وهو نبذ الثوب اليه أو لمسه له ؛ وان عقد البيع قبل نبذه فقال . بعتك ما تلبسه من هذه الثياب أو ما أنبذه اليك فهو غير معين ولا موصوف ، فأشبهه ما لو قال بعتك واحدا منها

(فصل)

ومن البيوع المنهى عنها بيع الحصاة ؛ فإن أبا هريرة روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة » رواه مسلم ، واختلف في تفسيره فقيل هو أن

يقول : ارم هذه الحصاة فعلى أى ثوب وقعت فهو لك بدرهم ، وقيل هو أن يقول : بعتك من هذه الأرض مقدار ما تبلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكفها . وقيل هو أن يقول بعتك هذا بكذا على أنى متى رميت هذه الحصاة وجب البيع ، وكل هذه البيوع فاسدة لما فيها من الغرر والجمل ، ولا نعلم فيه خلافا .

(فصل / وروى أنس قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخاضرة والملازمة والمنازمة ، أخرجه البخارى . والمحاقلة بيع الزرع الأخضر والثمرة قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع . والمحاقلة بيع الزرع بحب من جنسه . قال جابر : المحاقلة أن يبيع الزرع بمائة فرق حنطة ، قال الأزهرى : الحقل القراح المزروع والحوافل المزارع ، وفسر أبو سعيد المحاقلة باستكراء الأرض بالحنطة .

« مسألة ، قال (وكذلك بيع الحبل غير أمه واللبن في الضرع) »

معناه بيع الحبل في البطن دون الأم ، ولا خلاف في فساد . قال ابن المنذر : وقد أجمعوا على أن بيع الملاقيح والمضامين غير جائز ، وإنما لم يحز بيع الحبل في البطن لوجهين : أحدهما جهاته ، فإنه لا تعلم صفته ولا حياته والثاني أنه غير مقدور على تسليمه ، بخلاف الغائب فإنه يقدر على الشروع في تسليمه ، وقد روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المضامين والملاقيح ،

قال أبو عبيد : الملاقيح ما في البطن وهي الأجنة ، والمضامين ما في أصلاب الفحول ، فكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة ، وما يضر به الفحل في عامه : أو في أعوام وأنشد :

إن المضامين التي في الصلب ماء الفحول في الظهور الحسب

وروى ابن عمر : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحمر ، قال ابن الأعرابي الحمر ما في بطن الناقة ، والحمر الرما والحمر القمار ، والحمر المحاقلة والمزائنه (فصل) وقد روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه نهى عن بيع حبل الحبلية ، متفق عليه ، معناه نتاج النتاج ، قاله أبو عبيدة : وعن ابن عمر قال : « كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور الى حبل الحبلية ، وحبل الحبلية أن تفتج

الناقة ثم تحمل التي تتجث ، فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم ، رواه مسلم ، وكلا البيعين فاسد ، أما الاول فلأنه بيع معدوم ، وإذا لم يجوز بيع الحمل فبيع حمله أولى ، وأما الثاني فلأنه بيع الى أجل مجهول

(فصل) ولا يجوز بيع اللبن في الضرع ، وبه قال الشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، ونهى عنه ابن عباس وأبو هريرة وكرهه طاوس ومجاهد ، وحكى عن مالك أنه يجوز إياها معلومة إذا عرفنا حلابها لسقى الصبي كلبن الظئر ، وأجازه الحسن وسعيد بن جبير ومحمد بن مسلمة .

ولنا ما روى ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع صوف على ظهر أو لبن في ضرع ، رواه الحلال بإسناده ، ولأنه مجهول الصفة والمقدار ، فأشبهه الحمل لأنه يبيع عين لم تخلق فلم يجوز كبيع ما تحمل الناقة والعادة في ذلك تختلف ، وأما لبن الظئر فإنما جاز للحضنة لأنه موضع حاجة

فصل

واختلفت الرواية في بيع الصوف على الظئر ، فروى أنه لا يجوز بيعه ، لما ذكرنا من الحديث ، ولأنه متصل بالحيوان فلم يجوز لإفراده بالعقد كأعضائه ، وروى عنه أنه يجوز بشرط جزه في الحال ، لأنه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة ، وفارق الأعضاء فإنه لا يمكن تسليمها مع سلامة الحيوان ، والخلاف فيه كالخلاف في اللبن في الضرع ، فإن اشتراه بشرط القطع فتركه حتى طال فحكمه حكم الرطبة إذا اشتراها فتركها حتى طالت

(فصل) ولا يجوز بيع ما تجمل صفته ، كالمسك في الفار ، وهو الوعاء الذي يكون فيه ، قال الشاعر :

إذا التاجر الهندي جاء بفارة من المسك راحت في مفارقهم تجري
فإن فتح وشاهد ما فيه جاز بيعه ، وإن لم يشاهده لم يجوز بيعه للجحالة ، وقد قال بعض الشافعية يجوز ؛ لأن بقاءه في فاره مصلحة له ، فإنه يحفظ رطوبته وذكاء رائحته ، فأشبهه ما مأكوله في جوفه

ولنا أنه يبقى خارج وعائه من غير ضرر وتبقى رائحته ، فلم يجوز بيعه مستورا كالدر في الصدف . وأما ما مأكوله في جوفه فإخراجه يفضي الى تلفه ، والتفصيل

في بيعه مع وعائه كال تفصيل في بيع السمن في ظرفه . ومن ذلك البيض في الدجاج والنوى في التمر لا يجوز بيعهما للجمل بهما ، ولا نعلم في هذا خلافاً ذكره

(فصل : فأما بيع الأعشى وشراؤه ، فإن أمكنه معرفة المبيع بالذوق إن كان مطعوماً ، أو بالشم إن كان مشموماً صح بيعه وشراؤه ، وإن لم يمكن جاز بيعه كال بصير وله خيسار الخلف في الصفة . وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وأثبت أبو حنيفة له الخيار إلى معرفته بالمبيع ، إما بحسه أو ذوقه أو وصفه . وقال عبيد الله ابن الحسن شراؤه جائز ، وإذا أمر إنساناً بالنظر إليه لزمه . وقال الشافعي : لا يجوز إلا على الوجه الذي يجوز فيه بيع المجهول ؛ أو يكون قد رآه بصيراً ثم اشتراه قبل مضي زمن يتغير المبيع فيه ، لأنه مجهول الصفة عند العاقد ، فلم يصح كييع البيض في الدجاج والنوى في التمر .

ولنا أنه يمكن الاطلاع على المقصود ومعرفته فأشبه بيع البصير ، ولأن إشارة الآخرس تقوم مقام نطقه ، فكذلك شم الأعشى وذوقه ، وأما البيض والنوى فلا يمكن الاطلاع عليه ولا وصفه بخلاف مسألتنا

« مسألة ، قال (وبيع عسب الفحل غير جائز)

عسب الفحل ضرابه ، وبيعه أخذ عوضه ، وتسمى الأجرة عسب الفحل مجازاً وإجارة الفحل للضراب حرام والعقد فاسد ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وحكى عن مالك جوازه ، قال ابن عقيل : ويحتمل عندى الجواز لأنه عقد على منافع الفحل ونزوه ، وهذه منفعة مقصودة والماء تابع ، والغالب حصوله عقيب نزوه فيكون كال عقد على الظئر ليحصل اللبن في بطن الصبي

ولنا ما روى ابن عمر « أن النبي (ص) نهي عن بيع عسب الفحل » رواه البخاري ، وعن جابر قال « نهي رسول الله (ص) عن بيع ضراب الجمل » رواه مسلم ، ولأنه مما لا يقدر على تسليمه ، فأشبه إجارة الأبق ، ولأن ذلك متعلق باختيار الفحل وشهوته ، ولأن المقصود هو الماء ؛ وهو مما لا يجوز لإفراده بالعقد وهو مجهول ، وإجارة الظئر خولف فيه الاصل لمصلحة بقاء الأدي فلا يقاس عليه ما ليس مثله ، فعلى هذا إذا أعطى أجرة لعسب الفحل فهو حرام على الآخذ

لما ذكرناه ولا يحرم على المعطى ، لأنه بذل ماله لتحصيل مباح يحتاج اليه ولا يمتنع هذا كما في كسب الحجام فإنه خبيث ، وقد أعطى النبي (ص) الذي حججه ، وكذلك أجرة الكسح ، والصحابة أباحوا شراء المصاحف وكرهوا بيعها ، وإن أعطى صاحب الفحل هدية أو أكرمه من غير اجارة جاز ، وبه قال الشافعي لما روى عن أنس عن النبي (ص) أنه قال : إذا كان أكراما فلا بأس ، ولأنه سبب مباح فجاز أخذ الهدية عليه كالحجامة

وقال أحمد في رواية ابن القاسم : لا يأخذ ، فقيل له : ألا يكون مثل الحجام يعطى وإن كان منهيأ عنه ؟ فقال لم يبلغنا أن النبي (ص) أعطى في مثل هذا شيئا كما بلغنا في الحجام ، ووجهه أن ما منع أخذ الاجرة عليه منع قبول الهدية ، كبر البغى وحلوان الكاهن

قال القاضي : هذا مقتضى النظر لكن ترك مقتضاه في الحجام فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس والذي ذكرناه أرفق بالناس وأوفق للقياس ، وكلام أحمد يحمل على الورع لا على التحريم

« مسألة » قال (والنجش منهي عنه ، وهو أن يزيد في السلعة وليس هو مشترياً لها)

النجش . أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ليقنط به المستام فيظن أنه لم يزد فيها هذا القدر الا وهي تساويه فيعثر بذلك ، فهذا حرام وخداع ، قال البخاري « الناجش آكل ربا خائن وهو خداع باطل لا يحل » وروى ابن عمر أن رسول الله (ص) نهى عن النجش ، وعن أبي هريرة أن رسول الله (ص) قال « لا تلقوا الركبان ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد ، متفق عليهما ولأن في ذلك تغريراً بالمشتري وخديعة له ، وقد قال النبي (ص) « الخديعة في النار » فإن اشترى مع النجش فالشراء صحيح في قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحمد أن البيع باطل ، اختاره أبو بكر وهو قول مالك . لأن النهي يقتضي الفساد

ولنا أن النهي عاد الى الناجش لا الى العاقد فلم يؤثر في البيع . ولأن النهي

لحق الأدمى فلم يفسد العقد. كتلقى الركبان ويبيع المعيب والمدلس وفارق ما كان لحق الله تعالى لأن حق الأدمى يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن ، لكن إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فلبشترى الخيار بين الفسخ والإمضاء كما في تلقي الركبان ، وإن كان يتغابن بمثله فلا خيار له ، وسواء كان النجش بمواطاة من البائع أو لم يكن .

وقال أصحاب الشافعي : إن لم يكن ذلك بمواطاة البائع وعلمه فلا خيار له . واختلفوا فيما إذا كان بمواطاة منه ، فقال بعضهم : لا خيار للبشترى لأن التفريط منه حيث اشترى مالا يعرف قيمته

ولنا أنه تقرير بالعاقدة ، فإذا كان مغبونا ثبت له الخيار كما في تلقي الركبان ويبطل ما ذكره بتلقي الركبان .

فصل

ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا فصدقه المشتري واشترها بذلك ثم بان كاذباً فالبيع صحيح وللمشتري الخيار أيضاً لأنه في معنى النجش (فصل) وقوله عليه السلام « لا يبيع بعضكم على بيع بعض » معناه أن الرجلين إذا تباعا لجاء آخر إلى المشتري في مدة الخيار فقال : أنا أبيعك مثل هذه السلعة بدون هذا الثمن أو أبيعك خيراً منها بثمنها أو دونه أو عرض عليه سلعة رغب فيها المشتري ففسخ البيع واشترى هذه . فهذا غير جائز لنهي النبي (ص) عنه ، ولما فيه من الإضرار بالمسلم والإفساد عليه ، وكذلك إن اشترى على شراء أخيه ، وهو أن يجيء إلى البائع قبل لزوم العقد فيدفع في المبيع أكثر من الثمن الذي اشترى به فهو محرم أيضاً لأنه في معنى المنهي عنه ؛ ولأن الشراء يسمى بيعاً فيدخل في النهي ولأن النبي (ص) « نهى أن يخطب على خطبة أخيه » وهو في معنى الخاطب ، فإن خالف وعقد فالبيع باطل لأنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد ، ويحتمل أنه صحيح ، لأن المحرم هو عرض سلعته على المشتري ، أو قوله الذي فسخ البيع من أجله . وذلك سابق على البيع ، ولأنه إذا صح الفسخ الذي حصل به الضرر فالبيع المحصل للصلحة أولى ، ولأن النهي لحق آدمى ، فأشبهه ببيع النجش . وهذا مذهب الشافعي .

(فصل)

وروى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يَسْمُ الرجل على سَوم أخيه ، ولا يخلو من أربعة أقسام .

أحدها : أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع ، فهذا يحرم السوم على غير ذلك المشتري ، وهو الذى تناوله النبى .

الثانى : أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا فلا يحرم السوم : لأن النبى صلى الله عليه وسلم باع فيمن يزيد ، فروى أنس : أن رجلا من الأنصار شكى إلى النبى صلى الله عليه وسلم الشدة والجهد ، فقال له . أما بئى لك شيء ؟ فقال بلى ، قدح وحلس ، قال فأتنى بهما فأناهما فقال : من يتاعهما ؟ فقال رجل أخذتهما بدرهم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : من يزيد على درهم ؟ من يزيد على درهم ؟ فأعطاه رجل درهمين فباعهما منه ، رواه الترمذى وقال حديث حسن ، وهذا أيضا إجماع المسلمين يبيعون فى أسواقهم بالمزايدة .

الثالث : أن لا يوجد منه ما يدل على الرضا ولا على عدمه ، فلا يجوز له السوم أيضا ولا الزيادة استدلالا بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت للنبى صلى الله عليه وسلم : أن معاوية وأبا جهم خطباها ، فأمرها أن تنسج أسامة ، وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن السوم على سوم أخيه ، فما أبيع فى أحدهما أبيع فى الآخر .

الرابع : أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصريح ، فقال القاضى . لا تحرم المساومة ، وذكر أن أحمد نص عليه فى الخطبة ، استدلالا بحديث فاطمة ، ولأن الأصل إباحة السوم والخطبة ، فحرم منع ما وجد فيه التصريح بالرضا وما عداه يبقى على الأصل ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجهنا حسنا فإن النبى عام خرجت منه الصور المخصوصة بأداتها ، فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم ، ولأنه وجد منه دليل الرضا ، أشبه ما لو صرح به ، ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوى فى الدلالة ، وليس فى حديث فاطمة ما يدل على الرضا لأنها جاءت مستثيرة للنبى صلى الله عليه وسلم ، وليس ذلك دليلا على الرضا ، فكيف ترضى وقد نهاها النبى

صلى الله عليه وسلم بقوله لا تفوتينا بنفسك ، فلم تكن تفعل شيئا قبل مراجعة النبي صلى الله عليه وسلم ، والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الموضع الذي حكمنا بالتحريم فيه .

(فصل بيع التلجئة باطل ، وبه قال أبو يوسف ومحمد : وقال أبو حنيفة والشافعي : هو صحيح ، لأن البيع تم بأركانه وشروطه غالبا عن مقارنته ففسد فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقد البيع بغير شرط .
ولنا أنهما ما قصدا البيع فلم يصح منهما كالهالزين ، ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه ، فيواطىء رجلا على أن يظهر أنه اشتراه منه ، ليحتمى بذلك ؛ ولا يريدان بيعا حقيقيا .

« مسألة ، قال (فإن باع حاضر لباد فالبيع باطل)

وهو أن يخرج الحضري إلى البادية وقد جلب السلعة فيعرفه السعر ، ويقول أنا أبيع لك قتيبي النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فقال « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » والبادي ههنا من يدخل البلدة من غير أهلها ، سواء كان بدويا أو من قرية أو بلدة أخرى ، نهى النبي صلى الله عليه وسلم الحاضر أن يبيع له قال ابن عباس « نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد ، قال : فقلت لابن عباس ، ما قوله حاضر لباد ؟ قال ، لا يكون له سمساراً ، متفق عليه ، وعن جابر قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يبيع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » رواه مسلم وابن عمر وأبو هريرة وأنس ، والمعنى في ذلك : أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر . فإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد ضاق على أهل البلد ، وقد أشار النبي صلى الله عليه وسلم في تعليقه إلى هذا المعنى . وعن كره بيع الحاضر للبادي ، طلحة بن عبيد الله وابن عمر وأبو هريرة وأنس وعمر بن عبد العزيز ومالك والليث والشافعي ونفل أبو إسحاق بن شاقلا في جملة مما عاتبه أن الحسن . ابن علي المصري سأل أحمد عن بيع حاضر لباد ؟ فقال ، لا بأس به ، فقال له .

فالحقير الذى جاء بالنهى ؟ قال كان ذلك مرة فظاهر هذا ، صحة البيع ، وأن النهى اختص بأول الإسلام ، لما كان عليهم من الضيق فى ذلك ، وهذا قول مجاهد وأبي حنيفة وأصحابه . والمذهب الأول لعموم النهى ، وما يثبت فى حقهم يثبت فى حقنا ما لم يقم على اختصاصهم به دليل ، وظاهر كلام الحرقى . أنه يحرم بثلاثة شروط .

أحدها . أن يكون الحاضر قصد البادى ليتولى البيع له .

والثانى . أن يكون البادى جاهلا بالسعر لقوله فيعرفه السعر ولا يكون التعريف إلا للجاهل . وقد قال أحد فى رواية أبى طالب . إذا كان البادى عارفا بالسعر لم يحرم .

الثالث . أن يكون قد جلب السلع للبيع ، لقوله وقد جلب السلع والجالب هو الذى يأتى بالسلع لبيعها ، وذكر القاضى شرطين آخرين

أحدهما أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها

والثانى أن يكون بالناس حاجة إلى متاعه وضيق فى تأخير بيعه ؛ وقال أصحاب الشافعى ، إنما يحرم بشروط أربعة ، وهم ما ذكرنا إلا حاجة الناس إلى متاعه فتى اختلف منها شرط لم يحرم البيع ، وإن اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام وقد صرح الحرقى بطلانه ونفس عليه أحد فى رواية إسماعيل بن سعيد قال سألت أحمد عن الرجل الحضرى يبيع للبدوى ؟ فقال . أئره ذلك وأرد البيع فى ذلك . وعن أحمد رواية أخرى . أن البيع صحيح وهو مذهب الشافعى . لأن النهى لمعنى فى غير المنهى عنه

ولنا أنه منهى عنه والنهى يقتضى فساد المنهى عنه

(فصل) فأما الشراء لهم فيصح عند أحد وهو قول الحسن . وكرهت طائفة الشراء لهم كما كرهت البيع . يروى عن أنس قال « كان يقال هى كابة جامة يقول لا تبيعن له شيئا ولا تبتاعن له شيئا » وعن مالك فى ذلك روايتان .

ووجه القول الأول . أن النهى غير متناول للشراء بلفظه . ولا هو فى معناه فإن النهى عن البيع للفق بأهل الحضرة ليتسع عليهم السعر . ويزول عنهم الضرر وليس ذلك فى الشراء لهم ، إذ لا يتضررون لعدم الغبن للبادين بل هو دفع الضرر

عُيِّنَ ، والخَلْقُ فِي نَظَرِ الشَّارِعِ عَلَى السَّوَاءِ ، فَكَمَا شَرَعَ مَا يَدْفَعُ الضَّرَرَ عَنْ أَهْلِ
الْخَضِرِ لَا يُلْزَمُ أَنْ يُلْزَمَ أَهْلَ الْبَدْوِ الضَّرَرَ ، وَأَمَّا إِنْ أَشَارَ الْخَاضِرُ عَلَى الْبَادِي مِنْ
غَيْرِ أَنْ يَأْشُرَ الْبَيْعَ لَهُ ، فَقَدْ رَخَّصَ فِيهِ طَلْحَةُ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ وَالْأَوْزَاعِيُّ وَابْنُ الْمُنْذَرِ ،
وَكَرِهَهُ مَالِكٌ وَالثَّوَالِثُ ، وَقَوْلُ الصَّحَابِيِّ حُجَّةٌ مَا لَمْ يَثْبُتْ خِلَافُهُ .

(فِصْل)

قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : لَيْسَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَسْعَرَ عَلَى النَّاسِ ، بَلْ يَبِيعُ النَّاسَ أَمْوَالَهُمْ
عَلَى مَا يَخْتَارُونَ . هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ وَكَانَ مَالِكٌ يَقُولُ يَقَالُ لِمَنْ يَرِيدُ أَنْ يَبِيعَ أَقْلَ
مِمَّا يَبِيعُ النَّاسُ بِهِ : بَعْ كَمَا يَبِيعُ النَّاسُ وَإِلَّا فَخَرَجْنَا عَنْهُ ، وَاحْتَجَّ لَهُ بِمَا رَوَى الشَّافِعِيُّ
وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ صَالِحٍ التَّمَارِيُّ عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُمَرَ ، أَنَّهُ مَرَّ
بِحَاطَبٍ فِي سُوقِ الْمَهْصَلِيِّ ، وَبَيْنَ يَدَيْهِ غَرَارَتَانِ فِيهِمَا زَيْبٌ فَسَأَلَهُ عَنْ سَعَرِهِمَا ؟
فَسَعَرَ لَهُ مَدِينٍ بِكُلِّ دِرْهَمٍ ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ . قَدْ حَدَّثْتُ بِعِيرٍ مُقْبِلَةً مِنَ الطَّائِفِ تَحْمِلُ
زَيْبًا وَهُمْ يَتَعَبَّرُونَ بِسَعَرِكَ ، فَأَمَّا أَنْ تَرْفَعَ فِي السَّعْرِ ، وَإِنَّمَا أَنْ تَدْخُلَ زَيْبُكَ
فَتَبِيعَهُ كَيْفَ شِئْتَ ، وَلَآنَ فِي ذَلِكَ إِضْرَارٌ بِالنَّاسِ إِذَا زَادَ تَبِعَهُ أَصْحَابُ الْمَتَاعِ ،
وَإِذَا نَقَصَ أَضْرَبَ بِأَصْحَابِ الْمَتَاعِ .

وَلَنَا مَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ وَابْنُ مَاجَةَ عَنْ أَنَسٍ قَالَ : « غَلَا السَّعْرُ عَلَى
عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالُوا . يَا رَسُولَ اللَّهِ غَلَا السَّعْرُ ، فَسَعَرَ لَنَا
فَقَالَ . إِنْ اللَّهُ هُوَ الْمُسْعِرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرِّزَاقَ ، أَنِّي لَا رَجُو أَنْ أَلْقِيَ اللَّهَ تَعَالَى
وَلَيْسَ أَحَدٌ يَطْلُبُنِي بِمُظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ ، قَالَ التِّرْمِذِيُّ . هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ،
وَعَنْ أَبِي سَعِيدٍ مِثْلُهُ ، فَوَجَّهَ الدَّلَالَةَ مِنْ وَجْهَيْنِ .

أَحَدُهُمَا . أَنَّهُ لَمْ يَسْعَرَ ، وَقَدْ سَأَلُوهُ ذَلِكَ ، وَلَوْ جَازَ لَجَازَ لِحُجَّتِهِمْ إِلَيْهِ .

الثَّانِي . أَنَّهُ عَلَّلَ بِكَوْنِهِ مُظْلَمَةٌ وَالظُّلْمُ حَرَامٌ ، وَنَهَى مَالَهُ فَلَمْ يَجِزْ مَنَعَهُ مِنْ بَيْعِهِ
بِمَا تَرَاضَى عَلَيْهِ الْمُتَبَايِعَانِ كَمَا اتَّفَقَ الْجَمَاعَةُ عَلَيْهِ ، قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا . التَّسْعِيرُ سَبَبُ
الْغَلَاءِ ، لِأَنَّ الْجَالِبِينَ إِذَا بَلَغَهُمْ ذَلِكَ لَمْ يَقْدَمُوا بِسَعْلِهِمْ بَلَدًا يَكْرَهُونَ عَلَى بَيْعِهَا فِيهِ
بَغِيرَ مَا يَرِيدُونَ ، وَمَنْ عِنْدَهُ الْبُضَاعَةُ يَمْتَنِعُ مِنْ بَيْعِهَا وَيَكْتُمُهَا وَيَطْلُبُهَا أَهْلُ الْحَاجَةِ
إِلَيْهَا فَلَا يَجِدُونَهَا إِلَّا قَلِيلًا ، فَيَرْفَعُونَ فِي ثَمَنِهَا لِيَصْلُوا إِلَيْهَا فَتُغْلَى الْأَسْعارُ ، وَيَحْصُلُ
الْإِضْرَارُ بِالْجَانِبَيْنِ ، جَانِبِ الْمَلِكِ فِي مَنَعِهِمْ مِنْ بَيْعِ أَمْوَالِهِمْ ، وَجَانِبِ الْمُشْتَرِي

في منعه من الوصول الى غرضه فيكون حراما ، فأما حديث عمر . فقد روى فيه سعيد والشافعي « أن عمر لما رجع حاسب نفسه ، ثم أتى حاطبا في داره فقال . ان الذي قلت لك ايس بعزية مني ولا قضاء ، وانما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع كيف شئت . وهذا رجوع الى ما قلنا ، وما ذكره من الضرر موجود فيما اذا باع في بيته ولا يمنع منه .

« مسألة ، قال (ونهى عن تلقي الركبان)

فإن تلقوا واشترى منهم فهم بالخيار اذا دخلوا السوق وعرفوا انهم قد غبنوا ان أحبوا أن يفسخوا البيع ففسخوا ، وروى أنهم كانوا يتلقون الأجلاب فيشترون منهم الامتعة قبل أن تهبط الاسواق فرما غبنوهم غبناً يئنا فيضرونهم ، وربما أضروا بأهل البلد لان الركبان اذا وصلوا باعوا أمتعتهم والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعا . ويتريصون بها السعر فهو في معنى بيع الحاضر للبادي ، فمنه النبي (ص) عن ذلك ، وروى طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد ، وعن أبي هريرة مثله متفق عليها ، وكرهه أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبد العزيز ومالك والليث والاوزاعي والشافعي واسحاق ، وحكى عن أبي حنيفة . أنه لم ير بذلك بأسا . وسنة رسول الله (ص) أحق أن تتبع فان خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح في قول الجميع ، قاله ابن عبد البر ، وحكى عن أحمد رواية أخرى ، أن البيع فاسد لظاهر النهي ، والاول أصح . لان أبا هريرة روى أن رسول الله (ص) قال « لا تلقوا الجلب ، فن تلقاه واشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار ، ورواه مسلم ، والخيار لا يكون الا في عقد صحيح . ولان النهي لا المعنى في البيع بل يعود الى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها باثبات الخيار فأشبهه بيع المرأة وفارق بيع الحاضر للبادي فانه لا يمكن استدراكه بالخيار اذ ليس الضرر عليه انما هو على المسلمين .

فاذا تقرر هذا : فللبائع الخيار اذا علم أنه قد غبن ، وقال أصحاب الرأي ، لا خيار له ، وقد رويناه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا ، ولا قول لأحد مع قوله ، وظاهر المذهب ، أنه لا خيار له الا مع النبن لانه انما ثبت لأجل الخديعة

ودفع الضرر ، ولا ضرر مع عدم الغبن ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، ويحمل إطلاق الحديث في إثبات الخيار على هذا لعلنا بمعناه ومراده ، لأنه معنى يتعلق الخيار بمثله ولأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار إذا أتى السوق ، فيفهم منه أنه أشار إلى معرفته بالغبن في السوق ؛ ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع ، ولم يقدر الحرقى الغبن المثبت للخيار ، وينبغي أن يتقيد بما يخرج عن العادة ، لأن ما دون ذلك لا ينضبط .

وقال أصحاب مالك : إنما نهى عن تلقي الركبان لما يفوت به من الفرق لأهل السوق ، لئلا يقطع عنهم ماله جلسوا من ابتغاء فضل الله تعالى ، قال ابن القاسم : فإن تلقاها متلق فاشترها عرضت على أهل السوق فيشترون فيها ، وقال الليث ابن سعد : تباع في السوق ، وهذا مخالف لمذلول الحديث ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار للبائع إذا دخل السوق ولم يجعلوا له خياراً ، وجعل النبي صلى الله عليه وسلم الخيار له يدل على أن النهي عن تلقي الركبان لحقه لا لحق غيره ولأن الجالس في السوق كالمتلق في أن كل واحد منهما مبتغى لفضل الله تعالى ، فلا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما وإلحاق الضرر به دفعاً للضرر عن مثله ، وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلق ، ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته ، فلا يرجع على مثل هذا ، والله أعلم .

فصل

فإن تلقى الركبان فباعهم شيئاً فهو بمنزلة الشراء منهم ، ولهم الخيار إذا غبنهم غبناً يخرج عن العادة ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقالوا في الآخر : النهي عن الشراء دون البيع ، فلا يدخل البيع فيه ، وهذا مقتضى قول أصحاب مالك لأنهم علموا ذلك بما ذكرنا عنهم ولا يتحقق ذلك في البيع لهم .

ولنا قول النبي (ص) « لا تلقوا الركبان » والبائع داخل في هذا ولأن النهي عنه لما فيه من خديعتهم وغبنهم ، وهذا في البيع كره في الشراء ، والحديث قد جاء مطلقاً ، ولو كان مختصاً بالشراء لألحق به ما في معناه ، وهذا في معناه .

(فصل) فإن خرج لغير قصد التلق فلقى ركباً ، فقال القاضي : ليس له الإبتاع منهم ولا الشراء وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، ويحتمل أن

لا يحرم عليه ذلك ، وهو قول الليث بن سعد ، والوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأنه لم يقصد التلق فلم يتناولوه النهي .

ووجه الأول : أنه إنما تنهى عن التلق دفعا للخديعة والغبن عنهم ، وهذا متحقق سواء قصد التلق أو لم يقصده ، فوجب المنع منه كما لو قصد .

(فصل) وان تلقى الجلب في أعلى الأسواق فلا بأس ، فإن ابن عمر روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم نبى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق » رواه البخاري ، ولأنه إذا صار في السوق فقد صار في محل البيع والشراء ، فلم يدخل في النهي كالذي وصل الى وسطها .

(فصل) والاحتكار حرام ، لما روى الأثرم عن أبي أمامة قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام » وروى أيضا بإسناده عن سعيد ابن المسيب : « أن رسول الله (ص) قال « من احتكر فهو خاطيء » » وروى أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه « خرج مع أصحابه : فرأى طعاما كثيرا قد ألقى على باب مكة ، فقال : ما هذا الطعام ؟ فقالوا جلب إلينا ، فقال : بارك الله فيه وفيمن جلبه ، فقيل له : فإنه قد احتكر ، قال : ومن احتكره ؟ قالوا فلان مولى عثمان و فلان مولاك ، فأرسل إليهما فقال : ما حملكما على احتكار طعام المسلمين ؟ قالوا نشترى بأموالنا ونبيع . قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضربه الله بالجذام ، أو الإفلاس — قال الراوى — فأما مولى عثمان فباعه ، وقال والله لا أحتكره أبدا ، وأما مولى عمر فلم يبعه ، فرأيته مجذوما ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » .

(فصل) والاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط .

أحدها أن يشتري ، فلو جلب شيئا أو أدخل من غلته شيئا فادخره لم يكن محتكرا ، روى عن الحسن ومالك ، وقال الأوزاعي : الجالب ليس بمحتكر لقوله « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ، ولأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضرب به بل ينفع ، فإن الناس إذا علموا عنده طعاما معد للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه .

الثاني : أن يكون المشتري قوتا ، فأما الأدام والحلواء والعسل والزيت وأعلاف البهائم ، فليس فيها احتكار بحرم ؛ قال الأثرم ، سمعت أبا عبد الله يسأل عن أي شيء الاحتكار ؟ قال : إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره وهذا قول عبد الله بن عمرو ، وكان سعيد بن المسيب - وهو راوى حديث الاحتكار - يحتكر الزيت ، قال أبو داود : كان يحتكر النوى والخبط والبر ، ولأن هذه الأشياء عما لا تعم الحاجة إليها ، فأشبهت الثياب والحيوانات .

الثالث : أن يضيق على الناس بشرائه ، ولا يحصل ذلك إلا بأمرين : أحدهما : أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثغور ، قال أحمد : الاحتكار في مثل مكة والمدينة والثغور ، فظاهر هذا : أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجلب كبغداد والبصرة ومصر لا يحرم فيها الاحتكار لأن ذلك لا يؤثر فيها غالبا .

الثاني : أن يكون في حال الضيق بأن يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها ويضيقون على الناس ، فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد فليس بمحرم .

مسألة ، قال (ويبيع العصير لمن يتخذه خمرأ باطل)

وجله ذلك : أن يبيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرأ محرم ، وكرهه الشافعي وذكر بعض أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصرها خمرأ فهو محرم ، وإنما يكره إذا شك فيه ، وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري : أنه لا بأس ببيع القمر لمن يتخذه مسكرأ ، قال الثوري . بيع الحلال من شئت ، واحتج لهم بقول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولأن البيع تم بأركانه وشروطه .

ولنا قول الله تعالى (هـ ٤٠) ولا تعاونوا على الإثم والعدوان (وهذا نهي يقتضي التحريم ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لعن في الخمر عشرة ، فروى ابن عباس (أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل ، فقال : يا محمد ، إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وشاربها وبائعها ومبتاعها وساقها ، وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها) أخرج هذا الحديث (

الترمذى من حديث أنس ، وقال : قد روى هذا الحديث عن ابن عباس وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم ؛ وروى ابن بطة في تحريم النبيذ بإسناده عن محمد بن سيرين ، أن قيماء كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له ، فأخبره عن عنب أنه لا يصلح زبياً ، ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصره ، فأمر بقلعه ، وقال : بئس الشيخ أنا إن بعث الخمر ، ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريد لها للعصية ، فأشبهه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها ، والآية مخصوصة بصور كثيرة ، فيخص منها محل النزاع بدليلنا ؛ وقولهم : تم البيع بشروطه وأركانه ، قلنا : لكن وجد المانع منه . إذا ثبت هذا فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك ، أما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك ، فأما أن كان الأمر محتملاً ، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من يعمل الخمر والخمر معا ، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر ، فالبيع جائز ، وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل ، ويحتمل أن يصح وهو مذهب الشافعي ، لأن المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه ، فلم يمنع صحة العقد كما لو داس العيب .

ولنا أنه عقد على عين لمعصية الله بها ، فلم يصح كإجارة الأمة للزنا والغناء ، وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ، ولأن التحريم ههنا لحق الله تعالى ، فأفسد العقد ، كبيع درهم بدرهمين ، ويفارق التدليس فإنه لحق آدمي .

(فصل) وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة ، وبيع الأمة للغناء ، أو لإجارتها كذلك ، أو لإجارة داره لبيع الخمر فيها ، أو لتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك ، فهذا حرام ، والعقد باطل لما قدمنا .

قال ابن عقيل : وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نبه بها على ذلك ، فقال في القصاب والخباز : إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ، ومن يخرط الأقداح لا يبيعها من يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج للرجال ، ولا ماس يبيعه للنساء ؛ وروى عنه : لا يبيع الجوز من الصبيان للقهار ، وعلى قياسه : البيض فيكون بيع ذلك كله باطلا .

(فصل) قيل لأحمد : رجل مات وخلف جارية مغنية وولداً يتيماً وقد احتاج

الى بيعها : قال يبيعهما على أنها ساذجة ، فقليل له فإنها تساوى ثلاثين ألف درهم : فإذا بيعت ساذجة تساوى عشرين ديناراً ؟ قال لا تباع الا على أنها ساذجة ، ووجه ذلك ما روى أبو أمامة عن النبي (ص) أنه قال : لا يجوز بيع المغنيات ولا أئمانهن ولا كسبهن .

قال الترمذى : هذا لا نعرفه الا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم ، ورواه ابن ماجه . وهذا يحمل على بيعهن لاجل الغناء ، فأما ما لبتهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل ، كما أن العصور لا يحرم بيعه لغير الخمر لصلاحيته للخمر

(فصل)

ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكيل في بيعه ولا شراؤه ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن يبيع الخمر غير جائز ، وقال أبو حنيفة : يجوز للمسلم أن يוכל ذمياً في بيعها وشراؤها ، وهو غير صحيح ، فإن عائشة روت أن النبي (ص) قال : « حرمت التجارة في الخمر »

وعن جابر أنه سمع النبي (ص) عام الفتح وهو بمكة يقول : ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام ، فقليل يا رسول الله : رأيت شحوم الميتة فإنه تطل بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ يقال لا ، هو حرام ثم قال رسول الله (ص) : قاتل الله اليهود ، ان الله تعالى حرم عليهم شحومها فجملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه ، متفق عليه . ومن وكل في بيع الخمر وأكل ثمنه فقد أشبههم في ذلك ؛ ولان الخمر نجسة محرمة يحرم بيعها والتوكيل في بيعها كالميتة والخنزير ، ولانه يحرم عليه بيعه فحرم عليه التوكيل في بيعه كالخنزير

« مسألة ، قال (ويبطل البيع اذا كان فيه شرطان ولا يبطله شرط واحد)

ثبت عن أحمد رحمه الله أنه قال : الشرط الواحد لا بأس به ، انما نهى عن الشرطين في البيع ، ذهب أحد الى ما روى عبد الله بن عمرو عن النبي (ص) أنه قال : لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا تبع ما ليس عندك ، أخرجه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح

قال الاثرم : قيل لآبي عبد الله ان هؤلاء يكرهون الشرط في البيع ، فنفض

يده وقال : الشرط الواحد لا بأس به في البيع انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع ، وحديث جابر يدل على اباحة الشرط حين باعه جملة وشرط ظهره الى المدينة ، واختلف في تفسير الشرطين المنهين عنهما ، فروى عن أحمد أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد ، فحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق فيمن اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته وقصارته أو طعاما واشترط طحنه وحمله ان اشترط أحد هذه الاشياء فالبيع جائز ، وان اشترط شرطين فالبيع باطل وكذلك فسر القاضى في شرحه الشرطين المبطلين بنحو من هذا التفسير ، وروى الاثر من أحمد تفسير الشرطين أن يشترها على أنه لا يبيعها من أحد وأنه لا يطؤها ففسره بشرطين فاسدين ؛ وروى عنه إسماعيل بن سعيد في الشرطين في البيع أن يقول اذا بعتهما فأنا أحق بها بالثمن وأن تخدمني سنة ، وظاهر كلام أحمد أن الشرطين المنهين عنهما ما كان من هذا النحو ، فاما ان شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو مصلحته ، مثل أن يبيع بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين أو بشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن ، فهذا لا يؤثر في العقد وان كثر

وقال القاضى في المجرى : ظاهر كلام أحمد أنه متى شرط في العقد شرطين بطل سواء كانا صحيحين أو فاسدين ، لمصلحة العقد أو لغير مصلحته ، أخذاً من ظاهر الحديث وعملاً بعمومه ، ولم يفرق الشافعى وأصحاب الرأى بين الشرط والشرطين ورووا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ، ولأن الصحيح لا يؤثر في البيع وان كثر ، والفساد يؤثر فيه وان اتحد ، والحديث الذى روينا يدل على الفرق ، ولأن الغرر اليسير اذا احتمل في العقد لا يلزم منه احتمال الكثير وحديثهم لم يصح وليس له أصل ، وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مروياً في مسند ولا يعول عليه ، وقول القاضى ان النهى يبقى على عمومه في كل شرطين بعيد أيضاً ، فان شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف ، وشرط ما هو من مصلحة العقد كالاجل والخيار والرهن والضمين ، وشرط صفة في المبيع كالكتابة والصناعة فيه مصلحة العقد ، فلا ينبغي أن يؤثر أيضاً في بطلانه قلت أو كثرت ، ولم يذكر أحمد في هذه المسألة شيئاً من هذا القسم . فالظاهر أنه غير مراد له (فصل) والشروط تنقسم الى أربعة أقسام : أحدها ما هو من مقتضى العقد ،

كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال ، فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد

الثاني تتعلق به مصلحة العاقدين ، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها ، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به ، ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً

الثالث ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه ، وهو نوعان :

أحدهما اشتراط منفعة البائع في المبيع ، فهذا قد مضى ذكره

الثاني أن يشترط عقداً في عقد ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر أو يشتري منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره : فهذا شرط فاسد يفسد به البيع ، سواء اشترطه البائع أو المشتري ، وسنذكره إن شاء الله تعالى .

الرابع اشتراط ما ينافي مقتضى البيع وهو على ضربين :

أحدهما اشتراط ما بني على التغليب والسراية مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد فهل يصح ؟ على روايتين

إحدهما يصح ، وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي ، لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرط أهلها عليها عتقها وولامها ، فأنكر النبي (ص) شرط الولاء دون العتق ،

والثانية الشرط فاسد ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه إذا شرط أن لا يبيعه ، لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه ، أشبه ما لو شرط أن يبيعه ، وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق ، وإنما أخبرتهم بإرادتها لذلك من غير شرط فاشترطوا الولاء ، فإذا حكمنا بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة التي يأتي ذكرها ، وإن حكمنا بصحته فأعتقه المشتري فقد وفي بما شرط عليه ، وإن لم يعتقه فقيه وجهان :

أحدهما : يجبر ، لأن شرط العتق إذا صح تعلق بعينه فيجبر عليه ، كما لو نذر عتقه .

والثاني : لا يجبر ، لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط ، بدليل ما لو شرط الرهن والضمين ، فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ : لأنه لم يسلم له ما شرطه له : أشبه ما لو شرط عليه رهنا ، وإن تعيب المبيع أو كان أمة فأحبها أعتقه وأجزأه لأن الرق باق فيه : وإن استغله أو أخذ من كسبه شيئا فهو له ، وإن مات المبيع رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق ، فيقال : كم قيمته لو بيع مطلقا ، وكم يساوى إذا بيع بشرط العتق ؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه في أحد الوجهين ، وفي الآخر بضمن ما نقص من قيمته

الضرب الثاني . أن يشترط غير العتق ، مثل أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يطاء ، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه أو متى نفق المبيع والا رده أو أن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن ، وإن أعتقه فالولاء له : فهذه وما أشبهها شروط فاسدة ، وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين . قال القاضي : المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح . وهو ظاهر كلام الحرق ههنا . وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والحكم وابن أبي ليلى وأبي ثور

والثانية البيع فاسد ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، لأن النبي (ص) نهى عن بيع وشرط ، ولأنه شرط فاسد فافسد البيع ، كما لو شرط فيه عقدا آخر ولأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ، وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا . ولأن البائع إنما رضى بزوال ملكه عن المبيع بشرطه ، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له ، فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه والبيع من شرطه التراضي

ولنا ما روت عائشة قالت : جاءني بريرة فقالت : كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعنيني ، فقلت إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ، ويكون لي ولاؤك فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها ، فجاءت من عندهم ورسول الله (ص) جالس ، فقالت أتى عرضت عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم : فسمع النبي (ص) فأخبرت عائشة النبي (ص) فقال : خطيها واشترطى الولاء ، فإتاء الولاء لمن أعتق ، ففعلت عائشة ، ثم قام رسول الله (ص)

في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : أما بعد ، ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق ، متفق عليه فأبطل الشرط ولم يبطل العقد

قال ابن المنذر : خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبر يعارضه ، فالقول به يجب فإن قيل المراد بقوله « اشترطى لهم الولاء » أى عليهم ، بدليل أنه أمرها به . ولا يأمرها بفساد .

قلنا لا يصح هذا التأويل لوجهين . أحدهما أن الولاء لما ياعتاقها فلا حاجة الى اشتراطه . الثاني أنهم أبوا البيع إلا أن يشترط الولاء لهم ، فكيف يأمرها بما يعلم أنهم لا يقبلونه منها ؟ وأما أمره بذلك فليس هو أمرأ على الحقيقة ، وإنما هو صيغة الامر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه ، كقوله تعالى (استغفر لهم أو لا تستغفر لهم) وقوله (اصبروا أو لا تصبروا) والتقدير : واشترطى لهم الولاء أو لا تشترطى ، ولهذا قال عقيبه « فإنما الولاء لمن أعتق » وحديثهم لا أصل له على ما ذكرنا ، وما ذكروه من المعنى في مقابلة النص غير مقبول

(فصل)

فإن حكنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن : ذكره القاضى وللشترى الرجوع بزيادة الثمن إن كان هو المشترط ، لأن البائع إنما سمح ببيعها بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط والمشتري إنما سمح بزيادة الثمن من أجل شرطه ، فإذا لم يحصل غرضه ينبغي أن يرجع بما سمح به ، ولو وجده معيبا (فصل) فإن حكنا بفساد العقد لم يحصل به ملك ، سواء اتصل به القبض أو لم يتصل . ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره ، وبهذا قال الدسافعى ، وذهب أبو حنيفة الى أن الملك يثبت فيه إذا اتصل به القبض ، وللبائع الرجوع فيه فيأخذه مع الزيادة المنفصلة الآن يتصرف فيه المشتري تصرفا يمنع الرجوع فيه فيأخذ قيمته . واحتج بحديث بريرة فإن عائشة اشترتها بشرط الولاء فأعتقها . فأجاز النبي (ص) العتق والبيع فاسد . ولأن المشتري على صفة

يملك المبيع ابتداء بعقد، وقد حصل عليه الضمان للبدل عن عقد فيه تسليط فوجب أن يملكه كما لو كان العقد صحيحاً

ولنا أنه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه كما لو كان ائتم مينة أو دماً، فأما حديث بريرة فإنما يدل على صحة العقد لاعلى ما ذكره، وليس في الحديث أن عائشة اشتريتها بهذا الشرط، بل الظاهر أن أهل بريرة حين بلغهم أنكار النبي صلى الله عليه وسلم هذا الشرط تركوه، ويحتمل أن الشرط كان سابقاً للعقد فلم يؤثر فيه

(فصل)

وعليه رد المبيع مع ثمنائه المتصل والمنفصل وأجرة مثله مدة بقائه في يده وإن نقص ضمن نقصه لأنها جملة مضمونة، فأجزاؤها تكون مضمونة أيضاً، فإن تلف المبيع في يد المشتري فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف، قاله القاضي، ولأن أحد نص عليه في الغصب، ولأنه قبضه بإذن مالكة فأشبهه العارية، وذكر الخرق في الغصب أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت فيخرج منها كذلك وهو أولى، لأن العين كانت على ملك صاحبها في حال زيادتها وعليه ضمان نقصها مع زيادتها، فكذلك في حال تلفها، كما لو ألتفها بالجناية، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فإن كان المبيع أمة فوطئها المشتري فلا حد عليه لاعتقاده أنها ملكه، ولأن في الملك اختلافاً وعليه مهر مثلها. لأن الحسد إذا سقط للشبهة وجب المهر: ولأن الوطء في ملك الغير يوجب المهر وعليه أرش البكارة إن كانت بكرأ .

فإن قيل : أليس إذا تزوج امرأة تزويجاً فاسداً فوطئها فأزال بكارتها لا يضمن البكارة ؟

قلنا : لأن النكاح تضمن الإذن في الوطء المذهب البكارة لأنه معقود على الوطء ولا كذلك البيع . فإنه ليس بمعقود على الوطء . بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها ولا يحل نكاحها

فإن قيل : فإذا أوجبتم مهر بكر فكيف توجبون ضمان البكارة . وقد دخل ضمانها في المهر ؟ وإذا أوجبتم ضمان البكارة فكيف توجبون مهر بكر وقد أدى

عوض البكارة بضمانه لها ، فجرى مجرى من أزال بكارتها بأصبعه ثم وطئها ؟
قلنا لأن مهر البكر ضمان المنفعة وأرش البكارة ضمان جزء ، فلذلك اجتمعا ؛
وأما الثاني فإنه إذا وطئها بكرا فقد استوفى نفع هذا الجزء ، فوجبت قيمته بما
استوفى من نفعه ، فإذا أتلفه وجب ضمان عينه ، ولا يجوز أن تضمن العين
ويسقط ضمان المنفعة ، كما لو غصب عينا ذات منفعة فاستوفى منفعتها ثم أتلفها ،
أو غصب ثوبا فلبسه حتى أبلاه وأتلفه فإنه يضمن القيمة والمنفعة ، كذا ههنا

(فصل)

وإن ولدت كان ولدها حراً لأنه وطئها بشبهة ويلحق به النسب لذلك ولا
ولاء عليه ، لأنه حر الأصل وعلى الواطئ قيمته يوم وضعه ، لأنه يوم الحيلولة
بينه وبين صاحبه ، فإن سقط ميتا لم يضمن لأنه إنما يضمنه حين وضعه ، ولا
قيمة له حينئذ .

فإن قيل : فلو ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا وجب ضمانه
قلنا الضارب يجب عليه غرة ، وههنا يضمنه بقيمته ولا قيمة له ؛ ولأن الجاني
أتلفه وقطع نماءه ، وههنا يضمنه بالحيلولة بينه وبين سيده ، ووقت الحيلولة وقت
السقوط وكان ميتا فلم يجب ضمانه وعليه ضمان نقص الولادة ، وإن ضرب
بطنها أجنبى فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة عبد أو أمة ، للسبب منها أقل
الامرين من أرش الجنين أو بقيمته يوم سقط ، لأن ضمان الضارب له قام مقام
خروجه حياً ولذلك ضمنه البائع ، وإنما كان للسبب أقل الامرين ، لأن الغرة إن
كانت أكثر من القيمة فالباقي منها لورثته لأنه حصل بالحرية فلا يستحق السبب
منها شيئاً ؛ وإن كانت أقل لم يكن على الضارب أكثر منها ؛ لأنه بسبب ذلك ضمن
وإن ضرب الواطئ بطنها فألقت الجنين ميتا فعليه الغرة أيضاً ولا يرث منها
شيئاً ، وللسبب أقل الامرين كما ذكرنا ، وإن سلم الجارية المبيعة إلى البائع حاملاً
فولدت عنده ضمن نقص الولادة وإن تلفت بذلك ضمنها ، لأن تلفها بسبب منه ،
وإن ملكها الواطئ لم تصر بذلك أم ولد على الصحيح من المذهب ؛ لأنها
علقت منه في غير ملكه ، فأشبه الزوجة . وهكذا كل موضع حبلت في ملك غيره
ولا تعير له أم ولد بهذا .

(فصل) إذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح ، لأنه باع ملك غيره بغير إذنه وعلى المشتري رده على البائع الأول لأنه مالك ، ولبائعه أخذه حيث وجدته ويرجع المشتري الثاني بالثمن على الذى باعه ، ويرجع الأول على بائعه فإن تلف فى يد الثانى فللبائع مطالبة من شاء منها لأن الأول ضامن والثانى قبضه من يد ضامنه بغير إذن صاحبه فكان ضامنا فإن كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثانى لم يرجع بالفضل على الأول لأن التلف فى يده ، فاستقر الضمان عليه فإن ضمن الأول رجع بالفضل على الثانى .

(فصل) وإن زاد المبيع فى يد المشتري بسمن أو نحوه ثم نقص حتى عاد إلى ماكان عليه أو ولدت الأمة فى يد المشتري ثم مات ولدها ، احتمل أن يضمن تلك الزيادة لأنها زيادة فى عين مضمونة أشبهت الزيادة فى المنصوب ، واحتمل أن لا يضمنها لأنه دخل على أن لا يكون فى مقابلة الزيادة عوض فعلى هذا تكون الزيادة أمانة فى يده فإن تلفت بتفريطه أو عدوانه ضمنها والا فلا ، وإن تلفت العين بعد زيادتها أسقط تلك الزيادة من القيمة وضمنها بما بقى من القيمة حين أتلف ، قال القاضى : وهذا ظاهر كلام أحمد .

(فصل) إذا باع يعبا فاسداً وتقابضا ثم أتلف البائع الثمن ثم أفلس ، فله الرجوع فى المبيع ، وللمشتري أسوة الغرماء ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء لأنه فى يده فكان أحق به كالمرتبن . ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان وديعة عنده بخلاف المرتبن فإنه قبضه على أنه وثيقة بحقه .

(فصل) إذا قال : بع عبدك من فلان على أن على خمسمائة ، فباعه بهذا الشرط فالبيع فاسد لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري فإذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح لأنه لا يملك المنع واليمن على غيره . ولا يشبه هذا ما لو قال : أعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلى خمسمائة : لكون هذا عوضا فى مقابلة فك الزوجية ورقبة العبد ، ولذلك لم يحز فى النكاح ، أما فى مسائلنا فإنه معاوضة فى مقابلة نقل الملك ، فلا يثبت لمن العوض على غيره ، وإن كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان .

(فصل)

والعربون في البيع : هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهما أو غيره ، على أنه أن أخذ السلعة احتسب به من الثمن . وإن لم يأخذها فذلك للبائع ، يقال : عربون وأربون وعربان وأربان ، قال أحد : لا بأس به ، وفعله عمر رضي الله عنه . وعن ابن عمر . أنه أجازه ، وقال ابن سيرين : لا بأس به . وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين : لا بأس إذا ذكره السلعة أن يردّها ويرد معها شيئا ، وقال أحد : هذا في معناه ، واختار أبو الخطاب أنه لا يصح ، وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، ويروى ذلك عن ابن عباس والحسن ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربون ، رواه ابن ماجه ، ولأنه شرط للبائع شيئا بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي ولأنه بمنزلة الخيار المجعول فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح ، كما لو قال : ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعهما درهما ، وهذا هو القياس ، وإنما صار أحمد فيه إلى ما روى فيه عن نافع بن عبد الحارث ، أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية فإن رضى عمر والا فلا كذا وكذا ، قال الأثرم . قلت لأحمد تذهب إليه ؟ قال أي شيء أقول ؟ هذا عمر رضي الله عنه ، وضعف الحديث المروى ، روى هذه القصة الأثرم بإسناده ، فأما أن دفع إليه قبل البيع درهما وقال . لا تبع هذه السلعة لنيري ، وإن لم أشتريها منك فهذا الدرهم لك ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدئ وحسب الدرهم من الثمن صحيح ، لأن البيع خلا عن الشرط المفسد ، ويحتمل أن الشراء الذي اشترى لعمر كان على هذا الوجه : فيحمل عليه جمعا بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد العربون ، وإن لم يشتري السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم لأنه يأخذ بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ، ولا يصح جعله عوضا عن انتظاره وتأخير بيعه من أجله لأنه لو كان عوضا عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء ، ولأن الانتظار بالبيع لا يجوز المعاوضة عنه ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الإجارة .

« مسألة ، قال (وإذا قال : بعتك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا : لم ينعقد البيع وكذلك إن باعه بذهب على أن يأخذ منه دراهم بصرف ذكره) » ١٤ - ١٥ : المعنى

وجملته : أن البيع بهذه الصفة باطل : لأنه شرط في العقد أن يصار فيه بالثمن الذي وقع العقد به والمصارفة عقد بيع فيكون بيعتان في بيعه : قال أحمد : هذا معناه وقد روى أبو هريرة قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعه ، أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وروى أيضا عن عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وهكذا كل ما كان في معنى هذا مثل أن يقول : بعثك دارى هذه على أن أبيعك دارى الأخرى بكذا ، أو على أن تبيعنى دارك ، أو على أن أزوجك ، أو على أن تزوجنى بكذا ، أو على أن تزوجنى ابنتك ، أو على أن أزوجك ابنتى ونحو هذا فهذا كله لا يصح ، قال ابن مسعود « الصفتان في صفقة ربا ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعى وجمهور العلماء ، وجوزه مالك وقال : لا ألغى إلى اللفظ الفاسد إذا كان معلوما حلالا فكانه باع السلعة بالدراهم التى ذكر أنه يأخذها بالدنانير .

ولنا الخبر وأن النهى يقتضى الفساد ، ولأن العقد لا يثبت بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد لأن البائع لم يرض به إلا بذلك الشرط فإذا قامت الرضى به ، ولأنه شرط عقدا في عقد لم يصح كتنكاح الشغار ، وقوله « لا ألغى إلى اللفظ ، لا يصح لأن البيع هو اللفظ فإذا كان فاسدا فكيف يكون صحيحا ؟ ويتخرج أن يصح البيع ويفسد الشرط بناء على ما لو شرط ما ينافى مقتضى العقد كما سبق والله أعلم .

(فصل)

وقد روى في تفسير بيعتين في بيعه وجه آخر : وهو أن يقول : بعثك هذا العبد بعشرة نقدا ، أو بخمسة عشر نسيتة ، أو بعشرة مكسرة ، أو تسعة صحاحا ، هكذا فسر مالك والثوري وإسحاق وهو أيضا باطل ، وهو قول الجمهور لأنه لم يجزم له ببيع واحد فأشبه ما لو قال بعثك هذا أو هذا ، ولأن الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول ، ولأن أحد العوضين غير معين ولا معلوم فلم يصح كما لو قال بعثك أحد عبيدى ، وقد روى عن طاوس والحكم وحماد أنهم قالوا : لا بأس أن يقول : أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيتة بكذا ، فيذهب على أحدهما ، وهذا محمول على أنه جرى بينها بعد ما يجرى في العقد فكان الماترى قال : أنا أخذه

بالنسبة بكذا ، فقال : خذنه ، أو قد رضيت ونحو ذلك فيكون عقداً كافياً وإن لم يوجد ما يقوم مقام الإيجاب أو يدل عليه لم يصح لأن ما مضى من القول لا يصلح أن يكون إيجاباً لما ذكرناه ، وقد روى عن أحمد فيمن قال : إن خطبته اليوم فلك درهم ، وإن خطبته غداً فلك نصف درهم : أنه يصح ، فيحتمل أن يلحق به هذا البيع ، فيخرج وجهها في الصحة ، ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث أن العقد ثَمَمٌ يمكن أن يصح لكونه جعالة يحتمل فيها الجهالة بخلاف البيع ولأن العمل الذي يستحق به الأجرة لا يمكن وقوعه إلا على إحدى الصفتين ، فتعين الأجرة المسماة عوضاً له فلا يقضى إلى التنازع وههنا بخلافه .

(فصل)

ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه ، فهو محرم والبيع باطل ، وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافاً إلا أن مالكا قال : أن ترك مشترط السلف السلف صح البيع .

ولنا ما روى عبد الله بن عمرو : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن ، وعن بيع ما لم يقبض ، وعن بيعتين في بيعة ، وعن شرطين في بيع ، وعن بيع وسلف ، أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح : وفي لفظ « لا يحل بيع وسلف » ، ولأنه اشترط عقداً في عقد ، ففسد كبيعتين في بيعة ولأنه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله ، فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض وربحاً له ، وذلك ربا محرم ففسد كما لو صرح به ولأنه بيع فاسد فلا يعود صحيحاً كما لو باع درهما بدرهمين ثم ترك أحدهما .

(فصل) وإذا جمع بين عقدين مختلفي القيمة بعوض واحد كالصرف وبيع ما يجوز التفرق فيه قبل القبض والبيع والنكاح أو الإجارة ، نحو أن يقول : بعتك هذا الدينار وهذا الثوب بعشرين درهماً ، أو بعتك هذه الدار وأجرتك الأخرى بألف ، أو باعه سيفاً محلي بالذهب ببضعة ، أو زوجتك ابنتي وبعتك عبداً بألف صح العقد فيها لأنها عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعين كالعبدين ، وهذا أحد قولي للشافعي ، وقال أبو الخطاب : في ذلك وجه آخر أنه لا يصح ، وهو القول الثاني للشافعي ، لأن حكمها مختلف

فان المبيع يضمن بمجرد البيع ، والإجارة بخلافه ، والاول أصح ، وما ذكره
 يبطل بما اذا باع شقصا وسيفا فانه يصح مع اختلاف حكمهما بوجوب الصفقة
 في أحدهما دون الآخر ، فاما ان جمع بين الكتابة والبيع ، فقال ، كاتبتك وبعتك
 عبدى هذا بالقب ، في كل شهر مائة لم يصح لان المكاتب قبل تمام الكتابة عبدقن
 فلا يصح أن يشتري من سيده شيئا ، ولا يثبت لسيده في ذمته ثمن ، واذا بطل
 البيع ، فهل يصح في الكتابة بقسطها ؟ فيه روايتان ، نذكرهما في تفريق الصفقة ،
 وسوى أبو الخطاب بين هذه الصورة وبين الصور التي قبلها ، فقال في الكل وجهان :
 والذي ذكرناه إن شاء الله تعالى أولى .

(فصل)

في تفريق الصفقة ، ومعناه . أن يبيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقة واحدة
 بثمن واحد ، وهو على ثلاثة أقسام .

أحدها . أن يبيع معلوما ومجهولا ، كقوله . بعتك هذه الفرس وما في بطن
 هذه الفرس الاخرى بألف فهذا البيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافا
 لان المجهول لا يصح بيعه لجهالته : والمعلوم بمجهول الثمن ، ولا سبيل الى
 معرفته لان معرفته انما تكون بتقسيط الثمن عليها ، والمجهول لا يمكن تقويمه
 فيتعذر التقسيط .

الثاني . أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليها بالاجزاء ، كعبد مشترك بينه
 وبين غيره باعه كله بغير اذن شريكه ، وكقفيزين من صبرة واحدة باعها من لا يملك
 الا بعضها فقيه وجهان .

أحدهما . يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه .

والثاني . لا يصح فيها وأصل الوجهين . أن أحد نص فيمن تزوج حرة وأمة
 على روايتين . احداهما . يفسد فيها . والثانية . يصح في الحرة . والاولى أنه يصح
 فيما يملكه ، وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقال في الآخر .
 لا يصح ، وهو قول أبي ثور لان الصفقة جمعت حلالا وحراما ، فغلب التحريم
 ولان الصفقة اذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل ، كالجمع
 بين الاختين وبيع درهم بدرهمين .

ولنا أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه، كما لو باع شقصاً وسيقاً، ولأن ما يجوز له يبعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح، كما لو انفرد، ولأن البيع سبب اقتضى الحكم في محلين وامتنع حكمه في أحد المحلين لنبوته عن قبوله، فيصح في الآخر، كما لو أوصى بشيء لأدنى وبهيمة، وأما الدرهمان والاختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما، وههنا بخلافه .

القسم الثالث : أن يكون المبيعان معلومين عما لا ينقسم عليهما الثمن بالإجزاء كعبد وحر وخل وخر وعبد وعبد غيره وعبد حاضر وأبق، فهذا يبطل البيع فيما لا يصح بيعه، وفي الآخر روايتان، نقل صالح عن أبيه فيمن اشترى عبيدين فوجد أحدهما حراً رجع بقيمته من الثمن، ونقل عنه مهنا فيمن تزوج امرأة على عبيدين فوجد أحدهما حراً فلها قيمة العبيدين، فأبطل الصداق فيهما جميعاً . وللشافعي قولان كالروايتين، وأبطل مالك العقد فيهما إلا أن يبيع ملكه وملك غيره، فيصح في ملكه؛ ويقف في ملك غيره على الإجازة، ونحوه قول أبي حنيفة فإنه قال : إن كان أحدهما لا يصح بيعه بنصر أو إجماع كالحر والحُر لم يصح العقد فيهما، وإن لم يثبت بذلك كملكه وملك غيره صح فيما يملكه، لأن ما يختلف فيه يمكن أن يلحقه حكم الإجازة بحكم حاكم بصحة بيعه .

وقال أبو ثور : لا يصح بيعه لما تقدم في القسم الثاني، ولأن الثمن مجهول، لأنه إنما يتبين بالتقسيم للثمن على القيمة، وذلك مجهول في الحال فلم يصح البيع به كما لو قال : بعثك هذه السلعة برقها أو بحصة من رأس المال، ولأنه لو صرح به فقال : بعثك هذا بقسطه من الثمن لم يصح، فكذلك إذا لم يصرح، وقال من نصر الرواية الأولى : إنه متى سمي ثمناً في مبيع يسقط بعضه لا يوجب ذلك جهالة تمنع الصحة، كما لو وجد بعض المبيع معيباً فأخذ أرشه، والقول بالفساد في هذا القسم أن شاء الله أظهر، والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع، إلا أن الظاهر فيها الصحة، لأنها ليست عقود معاوضة؛ فلا توجد جهالة العوض فيها .

(فصل) وإن وقع العقد على مكيل أو موزون فتألف بعضه قبل قبضه لم يفسخ

العقد في الباقي ، روايه واحدة ، ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن : لان العقد وقع صحيحا ، فذهاب بعضه لا يفسخه كما بعد القبض ، وكما لو وجد أحد المبيعين معيبا فرده ، أو أقال أحد المتبايعين الاخر في بعض المبيع .

(فصل) وان كان لرجلين عبدان لكل واحد عبد فباعاهما صفقة واحدة بشمن واحد ، أو وكل أحدهما صاحبه فباعهما بشمن واحد ، ففيه وجهان :

أحدهما : يصح فيهما ، ويتوسط العوض على قدر قيمتهما ، وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، لأن جملة الثمن معلومة . فصح كما لو كانا لرجل واحد ، وكما لو باعا عبدا واحدا لهما أو قفيزين من صبرة واحدة .

والثاني : لا يصح ، لان كل واحد منهما مبيع بقسطه من الثمن ، وهو مجهول على ما قدمنا ، وفارق ما اذا كانا لرجل واحد ، فإن جملة المبيع مقابلة بجملة الثمن من غير تقسيط ، والعبد المشترك والقفيزان ينقسم الثمن عليهما بالاجزاء ، فلا جهالة فيه .

فصل في تفريق الصفقة

ومتى حكمنا بالصحة في تفريق الصفقة وكان المشتري عالما بالحال فلا خيار له لانه دخل على بصيرة ، وان لم يعلم ، مثل أن اشترى عبدا يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك الا نصفه ، أو عبيدين فبين أنه لا يملك الا أحدهما ، فله الخيار بين الفسخ والامساك ، لان الصفقة تبعضت عليه ، وأما البائع فلا خيار له لانه رضى بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه ، ولو وقع العقد على شيئين يفتقر الى القبض فيهما فتلف أحدهما قبل قبضه ، فقال القاضي : للمشتري الخيار بين امساك الباقي بحصته وبين الفسخ ، لان حكم ما قبل القبض في كونه المبيع من ضمان البائع حكم ما قبل العقد ، بدليل أنه لو تعيب قبل قبضه لملك المشتري الفسخ به .

• مسألة ، قال (ويتجر الوصي بمال اليتيم ، ولا ضمان عليه ، والربح كله لليتيم فإن أعطاه لمن يضارب له به فله مضارب من الربح ما وافقه الوصي عليه)

وجملته : أن لولي اليتيم أن يضارب بماله وأن يدفعه الى من يضارب له به ويجعل له نصيبا من الربح : أبأ كان أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم ، وهو

أولى من تركه ، ومن رأى ذلك : ابن عمر والنخعي والحسن بن صالح ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي . ويرى لإباحة التجارة به عن عمر وعائشة والضحاك ، ولا نعلم أحداً كرهه ، إلا ما روى عن الحسن ، ولعله أراد اجتناب المخاطرة به ، ولأن خزنه أحفظ له ، والذي عليه الجمهور أولى ؛ لما روى عبد الله ابن عمرو بن العاص : أن النبي (ص) قال « من ولي يتيماً له مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » .

وروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو أصح من المرفوع ، ولأن ذلك أحظ للولي عليه ، لتكون نفقته من فاضله وربحه ، كما يفعله البالفون في أموالهم وأموال من يعز عليهم من أولادهم ، إلا أنه لا يتجر إلا في المواضع الآمنة ، ولا يدفعه إلا لأمين ولا يغرب بماله ، وقد روى عن عائشة رضي الله عنها « أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر » فيحتمل أنه كان في موضع مأمون قريب من الساحل ، ويحتمل أنها جعلته من ضمانه عليها إن هلك غرته ، فتي أنجر في المال بنفسه فالربح كله لليتيم .

وأجاز الحسن بن صالح وإسحاق أن يأخذه الوصي مضاربة لنفسه ، لأنه جاز أن يدفعه بذلك إلى غيره ، فجاز أن يأخذ ذلك لنفسه ، والصحيح ما قلنا ، لأن الربح ثمة مال اليتيم فلا يستحقه غيره إلا بعقد ؛ ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه ، فأما إن دفعه إلى غيره فللمضارب ما جعله له الولي ووافقه عليه ؛ أي اتفقا عليه في قولهم جميعاً ، لأن الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته ، وهذا فيه مصلحته ، فصار تصرفه فيه كتصرف المالك في ماله .

(فصل) ويجوز لولي اليتيم إبطاع ماله ، ومعناه : دفعه إلى من يتجر به والربح كله لليتيم ؛ وقد روى عن عائشة رضي الله عنها « أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر » ولأنه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه إلى من يوفر الربح أولى ، ويجوز أن يشترى له العقار ، لأنه مصلحة له فإنه يحصل منه الفضل ويبقى الأصل ، والغرر فيه أقل من التجارة ، لأن أصله محفوظ ، ويجوز أن يبني له عقاراً ، لأنه في معنى الشراء ، إلا أن يكون الشراء أحظ وهو ممكن ، فيتعين تقديمه ، وإذا أراد البناء بناءه بما يرى الحظ في البناء به .

وقال أصحابنا . يبيته بالاجر والطين ، ولا يبنى بالابن ، لانه إذا هدم لا مرجوع له ، ولا ينص^١ . بل ينصق بالاجر فلا يتخلص منه ، فإذا هدم فسد الاجر ، لأن تخليصه منه يقضى الى كسره ، وهذا مذهب الشافعى ، والذى قلناه أولى إن شاء الله فإنه إذا كان الحظ له فى البناء بغيره فتركه ضيع حظه وماله : ولا يجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر الناجز المتيقن لتوهم مصلحة بقاء الاجر عند هدم البناء ولعل ذلك لا يكون فى حياته ، لا يحتاج إليه ، مع أن كثيراً من البلدان لا يوجد فيها الاجر وكثير منها لم يجر عادتهم بالبناء به ، فلو كلفوا البناء به لاحتاجوا الى غرامة كثيرة لا يحصل منها طائل ، وقول أصحابنا يختص من عادتهم البناء بالاجر كالعراق ونحوها ، فلا يصح فى حق غيرهم .

(فصل) ولا يجوز بيع عقاره لغير حاجة ، لأننا تأمره بالشراء لما فيه من الحظ فيكون بيعه تفويتاً للحظ ، فإن احتيج الى بيعه جاز ، نقل أبو داود عن أحمد : يجوز للوصى بيع الدور على الصغار إذا كان نظراً لهم ، وبه قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى وإسحاق ، قالوا : يبيع إذا رأى الصلاح ، قال القاضى : لا يجوز الا فى موضعين .

أحدهما : أن يكون به ضرورة الى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو مالا بدله منه وليس له ما تندفع به حاجته .

الثانى : أن يكون فى بيعه غبطة ، وهو أن يدفع فيه زيادة كثيرة على ثمن المثل قال أبو الخطاب : كالثالث ونحوه ، أو يخاف عليه الهلاك بغرق أو خراب ، أو نحوه ، وهذا مذهب الشافعى .

وكلام أحمد يقتضى إباحة البيع فى كل موضع يكون نظراً لهم ، ولا يختص بما ذكره ، وقد يرى الولى الحظ فى غير هذا ، مثل أن يكون فى مكان لا ينتفع به أو نفعه قليل فيبيعه ويشتري له فى مكان يكثر نفعه ، أو يرى شيئاً فى شرائه غبطة ولا يمكنه شراؤه الا ببيع عقاره ، وقد تكون داره فى مكان يتضرر الغلام بالمقام فيها لسوء الجوار أو غيره ، فيبيعه ويشتري له بشئها داراً يصلح له المقام بها وأشياء هذا مما لا ينحصر ، وقد لا يكون له حظ فى بيع عقاره وإن دفع فيه مثلاً ثمنه ، إما لحاجته اليه وأما لأنه لا يمكن صرف ثمنه فى مثله ، فيصنع الثمن

ولا يبارك فيه ، فقد جاء عن النبي (ص) « من باع داراً أو عقاراً ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه » ، فلا يجوز بيعه أداً ، فلا معنى لتقييده بما ذكره في الجواز ولا في المنع ، بل متى كان بيعه أحظ له جاز بيعه والا فلا .

(فصل) ويجوز لولي اليتيم كتابة رقيق اليتيم واعتاقه على مال اذا كان الحظ فيه ، مثل أن تكون قيمته ألفاً فيكاتبه بألفين أو يعتقه بألفين ، فإن لم يكن فيها حظ لم يصح ، وقال مالك وأبو حنيفة : لا يجوز اعتاقه ، لأن الإعتاق بمال تعليق له على شرط ، فلم يملكه ولي اليتيم كالتعليق على دخول الدار ، وقال الشافعي : لا تجوز كتابته ولا اعتاقه لأن المقصود منهما العتق دون المعاوضة ، فلم تجز كالإعتاق بغير عوض .

وإنما أنها معاوضة لليتيم فيها حظ فللحكما وليه كبيعته ، ولا عبرة بنفع العبد ، ولا يضره كونه تعليقاً ، فإنه اذا حصل الحظ لليتيم لا يضره نفع غيره ، ولا كون العتق حصل بالتعليق ، وفارق ما قاسوا عليه ، فإنه لا نفع فيه فذع منه لعدم الحظ وانتفاء المقضى لا لما ذكره ولو قدر أن يكون في العتق بغير مال نفع كان نادراً ويتوجه أن يصح .

قال أبو بكر : يتوجه العتق بغير عوض للحظ ، مثل أن يكون لليتيم جارية وابنتها يساويان مائة مجتمعين ، ولو أفردت أحدهما ساوت مائتين ، ولا يمكن أفرادها بالبيع فيعتق الأخرى لتكثر قيمة الباقية فتصير ضعف قيمتها .

(فصل)

قال أحمد : ويجوز للوصي أن يشتري لليتيم أضحية اذا كان له مال ، يعني مالا كثيراً لا يتضرر بشراء الاضحية ، فبكون ذلك على وجه التوسعة في النفقة في هذا اليوم الذي هو عيد ويوم فرح وفيه جبر قلبه وتطليبه وإلحاقه بمن له أب فينزل منزلة الثياب الحسنة وشراء اللحم سيما مع استحباب التوسعة في هذا اليوم وجرى العادة بها بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم « أنها أيام أكل وشرب وذكر الله عز وجل » ، رواه مسلم ، ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به وألين في الحبز وأمكن في حصول الادم فهو أولى ، وإن كان أفراداه أرفق به أفرد ،

لقوله تعالى (٢ - ٢٢٠) ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ، ولو شاء الله لأعتكم إن الله عزيز حكيم) أى ضيق عليكم وشدد ، من قولهم : أعنت فلان فلاناً إذا ضيق عليه وشدد . وعنت الرجل إذا ضلعت ، ويجوز للوصى ترك العصى فى المكتب بغير إذن الحاكم وحكى لأحمد قول سفيان : لا يسلم الوصى العصى إلا بإذن الحاكم ، فأفكر ذلك . وذلك لأن المكتب من مصالحه فجرى مجرى نفقته لما كوله ومشروبه وملبوسه . وكذلك يجوز له إسلامه فى صناعة إذا كانت مصلحته فى ذلك لما ذكرناه

فصل

وإذا كان الولى موسراً فلا يأكل من مال اليتيم شيئاً إذا لم يكن أباً ، لقوله تعالى (٤ - ٦) ومن كان غنياً فليستغفف) وإن كان فقيراً فله أقل الأقرين : من أجرته أو قدر كفايته ، لأنه يستحقه بالعمل والحاجة جميعاً ؛ فلم يجوز أن يأخذ إلا ما وجد فيه ؛ فإذا أكل منه ذلك القدر ثم أيسر ، فإن كان أباً لم يلزمه عوضه رواية واحدة ، لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها ، وإن كان غير الأب فهل يلزمه عوض ذلك ؟ على روايتين

إحداهما لا يلزمه ، وهو قول الحسن والنخعي وأحد قولى الشافعى ، لأن الله تعالى أمر بالأكل من غير ذكر عوض ، فأشبهه سائر ما أمر بأكله ، ولأنه عوض من عمله فلم يلزمه بدله كالأجير والمضارب .

والثانية يلزمه عوضه ، وهو قول عبيدة السلماني وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبى العالية ، لأنه استباحه بالحاجة من مال غيره ، فلزمه قضاؤه كالمضطر إلى طعام غيره ، والأول أصح ، لأنه لو وجب عليه إذا أيسر لكان واجبا فى الذمة قبل اليسار ؛ فإن اليسار ليس بسبب للوجوب ، فإذا لم يجب بالسبب الذى هو إلا كل لم يجب بعده وفارق المضطر ، فإن العوض واجب عليه فى ذمته ولأنه لم يأكله عوضاً عن شيء وهذا بخلافه

(فصل) فأما قرض مال اليتيم فإذا لم يكن فيه حظ له لم يجوز قرضه ، فمضى أمكن الولد التجارة به أو تحصيل عتق له فيه الحظ لم يقرضه ، لأن ذلك يفوت الحظ على اليتيم ، وإن لم يمكن ذلك وكان قرضه حظاً لليتيم جاز .

قال أحمد . لا يقرض مال اليتيم لأحد يريد مكافأته ومودته ويقرض على النظر والشفقة كما صنع ابن عمر ، وقيل لأحمد إن عمر استقرض مال اليتيم ، قال إنما استقرض نظراً لليتيم واحتياطاً إن أصابه شيء غرمة

قال القاضي : ومعنى الحظ أن يكون لليتيم مال في بلد فيريد نقله الى بلد آخر فيقرضه من رجل في ذلك البلد ليقضيه بدله في بلده ، يقصد بذلك حفظه من الغرر في نقله أو يخاف عليه الهلاك من نهب أو غرق أو نحوها ، أو يكون مما يتلف بتناول مدته ، أو حديثه خیر من قديمه كالحنطة ونحوها فيقرضه خوفاً أن يسوس أو تنقص قيمته ، وأشبه هذا ، فيجوز القرض لأنه بما لليتيم فيه الحظ فجاز كالتيجارة به ، وإن لم يكن فيه حظ . وإنما قصد أرفاق المقرض وقضاء حاجته ، فهذا غير جائز لأنه تبرع بمال اليتيم فلم يحز كهبته ، وإن أراد الولي السفر لم يكن له المسافرة بماله وقرضه ثقة أمين أولى من إيداعه لأن الوديعة لا تضمن إذا تلفت فإن لم يجد من يستقرضه على هذه الصفة فله إيداعه لأنه موضع حاجة ولو أودعه مع امكان قرضه جاز ولا ضمان عليه ، فانه ربما رأى الإيداع أحظ له من القرض فلا يكون مفراطاً ، وكل موضع قلنا له قرضه فلا يجوز إلا للملئ أمين ليأمن جرحه ده وتعذر الإيفاء ، وينبغي أن يأخذ رهناً إن أمكنه ، وإن تعذر عليه أخذ الرهن جاز تركه في ظاهر كلام أحمد ، لأن الظاهر عن يستقرضه من أجل حفظ اليتيم أنه لا يبذل رهناً ، فاشتراط الرهن يفوت هذا الحظ

وقال أبو الخطاب يقرضه إذا أخذ بالقرض رهناً ، فظاهر هذا أنه لا يقرضه إلا برهن ، لأن فيه احتياطاً للمال وحفظاً له عن الجحد والمطل ، وإن أمكنه أخذ الرهن فالأولى له أخذه احتياطاً على المال وحفظاً له ، فإن تركه احتمل أن يضمن إن ضاع المال لتغير بطله . واحتمل أن لا يضمن لأن الظاهر سلامته . وهذا ظاهر كلام أحمد لسكونه لم يذكر الرهن

(فصل) قال أبو بكر : وهل يجوز للوصي أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على روايتين ، لأنه يتصرف بالإذن في مال غيره فأشبهه الوكيل . وقال القاضي يجوز ذلك للوصي ، وفي الوكيل روايتان ، وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان والوصي بخلافه

(فصل) وإذا ادعى الولي الاتفاق على الصبي أو على ماله أو عقاره بالمعروف من ماله ، أو ادعى أنه باع عقاره لحظه أو بناء لمصلحته ، أو أنه تلف قبل قوله . وقال أصحاب الشافعي : لا يضمن الحاكم بيع الأمين والوصي حتى يثبت عنده الحظ بيينة ، ولا يقبل قولها في ذلك ويقبل قول الأب والجدة

ولنا أن من جاز له بيع العقار وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله في الحظ كالأب والجدة ، ولأنه يقبل قوله في عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار . فيقبل قوله في العقار كالأب ، وإذا بلغ الصبي فادعى أنه لا حظ له في البيع لم يقبل إلا بيينة ، فإن لم تكن بيينة فالقول قول الولي مع بيينة ، وإن قال الولي : أنفقت عليك منذ ثلاث سنين وقال الغلام : مامات أبي إلا منذ سنتين فالقول قول الغلام ذكره القاضي ، لأن الأصل حياة والده واختلافها في أمر ليس الوصي أمينا فيه فكان القول قول من يوافق قوله الأصل

(فصل) قال أحمد : يجوز للوصي البيع على الغائب البالغ إذا كان من طريق النظر . وقال أصحابنا : يجوز للوصي البيع على الصغار والكبار إذا كانت حقوقهم مشتركة في عقار في قسمه اضرار وبالصغار حاجة إلى البيع ، إما لقضاء دين أو مؤنة لهم . وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى : يجوز البيع على الصغار والكبار فيما لا بد منه . ولعلهم أرادوا هذه الصورة ، لأن في ذلك نظراً للصغار واحتياطاً للبيات في قضاء دينه . وقال الشافعي : لا يصح بيعه على الكبار لأنه تصرف في مال غيره من غير وكالة ولا ولاية فلم يصح كبيع ماله المفروز ، أو مالا تضر قسمته ، وهذا هو الصحيح وما ذكروه لا أصل له يقاس عليه ، ويعارضه أن فيه ضرراً على الكبار ببيع ما لهم بغير إذنهم ، ولأنه لا يجوز له بيع غير العقار ، فلم يجز له بيع العقار كالأجنبي .

فصل في

ويصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي فيه في إحدى الروايتين ، وهو قول أبي حنيفة

والثانية لا يصح حتى يبلغ ، وهو قول الشافعي ، لأنه غير مكلف أشبه غير المميز ، ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف لحفاؤه

وتزايد تزايداً خفى التدرج ، لجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ ، فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة

ولنا قول الله تعالى (٤ - ٦) وابتلوا النياحى حتى اذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) ومعناه : اختبروهم لتعلموا رشدهم ، وإنما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء . ولعلم هل يغبن أو لا : « لأنه عاقل مميز محجور عليه فصح تصرفه بإذن وليه كالعبد ، وفارق غير المميز ، فإنه لا تحصل المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته ؛ ولا حاجة الى اختباره لأنه قد علم حاله . وقولهم « ان العقل لا يمكن الاطلاع عليه ، قلنا : يعلم ذلك بآثاره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة ، كما يعلم فى حق البالغ ، فإن معرفة رشده شرط دفع ماله اليه وصحة تصرفه ، كذا ههنا . فأما ان تصرف بغير إذن وليه لم يصح تصرفه ويحتمل أن يصح ويقف على إجازة الولي . وهو قول أبى حنيفة . ومبنى ذلك على ما اذا تصرف فى مال غيره بغير اذنه . وقد ذكرناها فيما مضى . وأما غير المميز فلا يصح تصرفه ، وان أذن له الولي فيه الا فى الشيء اليسير ، كما روى عن أبى الدرداء « أنه اشترى من صبي عصفورا فأرسله ، ذكره ابن أبى موسى

مسألة ، قال (وما استدان العبد فهو فى رقبته يفيديه سيده أو يسلمه ، فإن جاوز ما استدان قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته ، الا أن يكون مأذوناً له فى التجارة فيلزم مولاه جميع ما استدان)

فى هذه المسألة أربعة فصول :

أحدها فى استدان العبد — يعنى أخذه بالدين . يقال : ادان واستدان وتدين قال الشاعر :

يؤذنبى فى الدين قومى ، وإنما تدينف فيما سوف يكسبهم همدا
والعبيد قسبان : محجور عليه ، فما لزمه من الدين بغير رضى سيده ، مثل أن يقتضى أو يشتري شيئاً فى ذمته ، فيه روايتان :
أحدهما يتعلق برقبته ، اختارها الحرق وأبو بكر ، لأنه دين لزمه بغير اذن سيده ، فتعلق برقبته كأرش جنايته

والثانية : يتعلق بذمته يتبعه الغريم به اذا عتق وأيسر . وهذا مذهب الشافعي لانه متصرف في ذمته بغير اذن سيده فتعلق بذمته كعوض الخلع من الامة وكالحر القسم الثاني : المأذون له في التصرف أو في الاستدانة ، فما يلزمه من الدين هل يتعلق بذمة السيد أو برقبته ؟ على روايتين . وقال مالك والشافعي : ان كان في يده مال قضيت ديونه منه ، وان لم يكن في يده شيء تعلق بذمته ، يتبع به اذا عتق وأيسر ، لانه دين ثبت برضى من له الدين ، أشبه غير المأذون له ، فوجب أن لا يتعلق برقبته ، كما لو استقرض بغير اذن سيده . وقال أبو حنيفة : يباع اذا طالب الغرماء ببيعه ، وهذا معناه أنه تعلق برقبته ، لانه دين ثبت برضى من له الدين ، فيباع فيه كما لو رهنه

ولنا أنه اذا أذن له في التجارة فقد أغرى الناس بمعاملته وأذن فيها فصار ضامناً ، كما لو قال لهم دايئوه ، أو أذن في استدانة تزيد على قيمته ، ولا فرق بين الدين الذي لزمه في التجارة المأذون فيها أو فيما لم يؤذن فيه ، مثل ان أذن له في التجارة في البر فاتجر في غيره ، فانه لا ينفك عن التغيرير اذ يظن الناس أنه مأذون له في ذلك أيضا .

الفصل الثاني فيما لزمه من الدين من أروش جنائياته أو قيم متلفاته . فهذا يتعلق برقبة العبد على كل حال . مأذونا أو غير مأذون . روايه واحدة . وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ، وكل ما يتعلق برقبته فان السيد يتخير بين تسليمه للبيع وبين فدائه . فان سلبه فبيع وكان ثمنه أقل من أروش جنائياته فلبس المجنى عليه الا ذلك لأن العبد هو الجاني فلا يجب على غيره شيء : وان كان ثمنه أكثر . فالفضل لسيدته وذكر القاضي أن ظاهر كلام احمد أن السيد لا يرجع بالفضل . ولعله يذهب الى أنه دفعه اليه عوضا عن الجناية فلم يبق لسيدته فيه شيء كما لو ملكه اياه عوضا عن الجناية . وهذا ليس بصحيح فان المجنى عليه لا يستحق أكثر من قدر أروش الجناية عليه كما لو جنى عليه حر . والجاني لا يجب عليه أكثر من قدر جنائياته ولان الحق تعلق بعينه فكان الفضل من ثمنه لسيدته كالرهن . ولا يصح قولهم انه دفعه عوضا . لانه لو كان عوضا للملكة المجنى عليه ولم يبيع في الجناية . وانما دفعه لبيع

فيؤخذ منه عوض الجناية ويرد اليه الباقي ، ولذلك لو أتلّف درهم لم يطلّ حق سيده منه بذلك لعجزه عن أداء الدرهم من غير ثمنه ، وإن اختار السيد فداؤه لزمه أقلّ الأمرين : من قيمته أو أرش جنايته لأن أرش الجناية إن كان أكثر فلا يتعلق بنير العبد الجاني لعدم الجناية من غيره وإنما تجب قيمته ، وإن كان أقلّ فلم يجز بالجناية إلا هو ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يلزمه أرش جنايته بالغاً ما بلغ لأنه يجوز أن يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من ثمنه فإذا منع بيعه لزمه جميع الأرش لتفويته ذلك ، وللشافعي قولان كالروايتين .

الفصل الثالث في تصرفاته : أما غير المأذون : فلا يصح بيعه ولا شراؤه بعين المال لأنه تصرف من المحجور فيما حجر عليه فيه . فأشبهه المفلّس ، ولأنه تصرف في ملك غيره بغير إذنه فهو كتصرف الفضولي ، ويخرج أن يصح ويقف على إجازة السيد كذلك ، وأما شراؤه بضمن في ذمته واقتراضه فيحتمل أن لا يصح لأنه محجور عليه أشبه السفينة ، ويحتمل أن يصح لأن الحجر لحق غيره ، أشبه المفلّس والمريض ويتفرع عن هذين الوجهين : أن التصرف وإن كان فاسداً فللبائع والمقرض أخذ ماله إن كان باقياً سواء كان في يد العبد أو السيد ، وإن كان تالفاً فله قيمته أو مثله إن كان مثلياً فإن تلف في يد السيد رجع بذلك عليه لأن عين ماله تلف في يده ، وإن شاء كان ذلك متعلقاً برقة العبد لأنه الذي أخذه منه ، وإن تلف في يد العبد فالرجوع عليه ، وهل يتعلق برقته أو ذمته . على روايتين ، وإن نكح التصرف صحيح والمبيع في يد العبد فللبائع فسخ البيع ، وللمقرض الرجوع فيما أقرض لأنه قد تحقق إعسار المشتري والمقرض فهو أسوأ حالاً من الحر المعسر ، وإن كان السيد قد انتزعه من يد العبد ملكه بذلك وله ذلك لأنه أخذ من عبده مالا في يده بحق فهو كالصيد فإذا ملكه السيد كان كهلاكه في يد العبد ، ولا يملك البائع والمقرض انتزاعه من السيد بحال ، وإن كان قد تلف استقر ثمنه في رقة العبد أو في ذمته ، سواء تلف في يد العبد أو السيد .

وأما العبد المأذون له فيصح تصرفه في قدر ما أذن له فيه . لا نعلم فيه خلافاً . ولا يصح فيما زاد ، نص عليه أحمد . وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة . إذا أذن

له في نزع انفك الحجر عنه وجاز له التصرف مطلقا لان الحجر لا يتجزأ . فإذا زال بعضه زال كله .

ولنا انه متصرف بالإذن ، فاختص تصرفه بحل الاذن كالوكيل ، وقولهم . إن الحجر لا يتجزأ ، لا يصح . فإنه لو صرح بالاذن له في بيع عين ونبيه عن بيع أخرى صح ، وكذلك في الشراء كالوكيل وإن أذن له السيد في ضمان أو كفالة ففعل صح ، وهل يتعلق بذمة السيد أو رقبة العبد . على وجهين : وإن رأى السيد عبده يتجر فلم ينه لم يصح بذلك مأذونا له .

الفصل الرابع في تصرفاته . إن كان مأذونا له في التجارة قبل إقراره في قدر ما أذن له ولم يقبل فيما زاد ولا يقبل لإقرار غير المأذون له بالمال فإن أقر بعين في يده أو دين يتعلق برقبته لم يقبل على سيده لانه يقر بحق على غيره فلم يقبل كما لو أقر ان سيده باعه ، وبثبت ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ، وإن أقر بجنابة استوى في ذلك المأذون له وغيره ، وينقسم ذلك اقساما اربعة .

احدها . جنابة موجبها المال كإتلافه أو جنابة خطأ أو شبه عمد أو جنابة عمد فيما لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فلا يقبل لإقراره بها لانه إقرار بالمال فلم يقبل كما لو أقر بدراهم أو دنانير .

القسم الثاني . جنابة موجبها حد سوى السرقة أو قصاص فيما دون النفس فيقبل إقراره بذلك ، وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعي ، وقال زفر وداود والمزني وجريرو . لا يقبل لانه يسقط به حق السيد فلا يقبل كالأقرار بجنابة الخطأ ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه « انه قطع يد عبد بإقراره بالسرقة ، وجلد عبداً أقر عنده بالزنا نصف الحد ، ولا مخالف له في الصحابة فكان اجماعا وإن ما لا يقبل إقرار السيد فيه على العبد يقبل فيه إقرار العبد كالأطلاق وإن العبد غير متهم فيه لان ضرره به اخص وهو بألمه أمس فقبل إقراره كما لو أقرت به الزوجة وخرج على هذين المعنيين جنابة الخطأ فإن إقرار السيد بها مقبول ولا يتضرر العبد بها .

القسم الثالث . إقراره بالسرقة يقبل في الحد فيقطع ، ولا يقبل في المال ، سواء كانت العين تالفة أو باقية في يد السيد أو في يد العبد ، وبهذا قال الشافعي

ويحتمل أن لا يقطع إذا أقر بسرقة عين موجودة في يده ، وبهذا قال أبو حنيفة ، لأن العين محكوم بها لسيدته فلا يقطع بسرقة عين لسيدته ولأن المطالبة بالمسروق شرط في القطع ، وهذه لا يملك غير السيد المطالبة بها ، ولأن هذا شبهة والحدود تدرك بالشبهات .

ولنا خبر على رضى الله عنه : ولأنه مقر بسرقة عين تبلغ نصاباً فوجب قطعه كما لو أقر حر بسرقة عين في يد غيره ، وما ذكره يبطل بهذه الصورة وإنما لم ترد العين إلى المسروق منه لحق السيد ، وأما في حق العبد فقد ثبت للبقر له : ولهذا لو عتق وعادت العين إلى يده لزمه ردها إلى المقر له .

القسم الرابع . الإقرار بما يوجب القصاص في النفس ، فروى عن أحمد : أنه لا يقبل ، وعموم قول الخرقى . إن أقر المحجور عليه بما يوجب حداً أو قصاصاً أو الملق زوجته لزمه ذلك . يقتضى قبول إقراره ، وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعى لأنه أقر بما يوجب قصاصاً فقبل ، كإقراره بقطع اليد ، ولأنه أحد نوعى القصاص فقبل لإقراره به كالآخر ، ولأنه لا يقبل لإقرار سيده عليه به فقبل لإقراره به كالحد ، واحتج أصحابنا بأن مقتضى القياس أن لا يقبل إقراره بالقصاص أصلاً لأنه إقرار على مال سيده ولأنه متهم اذ يحتمل أن يكون عن مواطاة بينهما ليعفو على مال فيستحق رقبة العبد ، ولذلك لم تحمل العاقلة اعترافاً فتركنا موجب القياس لخبر على رضى الله عنه ، فقيا عداه يبقى على موجب القياس ويفارق القصاص في النفس القصاص في الطرف لأنه قد يحتمل أنه أراد التخلص من سيده ولوفوات نفسه ، وكل موضع حكمنا بقبول إقراره بالقصاص ، لحكمه حكم الثابت بالبينة ، فلولى الجناية العفو والاستيفاء والعفو على مال فإن عني تعلق الارش برقبة العبد على ما مر بيانه ، ويحتمل أن لا يملك العفو على مال لثلاث يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بمال .

مسألة ، قال (ويبيع الكلب باطل ، وإن كان معلماً)

لا يختلف المذهب في أن بيع الكلب باطل ، أى كلب كان ، وبه قال الحسن وربيعة وحماد والاوزاعى والشافعى وداود ، وكراه أبو هريرة عن الكلب ، ورخص

في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله وعطاء والنخعي ، وجوز أبو حنيفة بيع الكلاب كلها وأخذ أثمانها ، وعنه رواية في الكلب العقور أنه لا يجوز بيعه ، واختلف أصحاب مالك . فمنهم من قال ، لا يجوز ، ومنهم من قال . الكلب المأذون في امساكه يجوز بيعه ويكره ، واحتج من أجاز بيعه بما روى عن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب والسنور ، الا كلب الصيد ، ولأنه يباح الانتفاع به ويصح نقل اليد فيه والوصية به فصح بيعه كالحمار .

ولنا ما روى أبو مسعود الانصارى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ، ومهر البغي وحلوان الكاهن ، متفق عليه : وعن رافع بن خديج قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثمن الكلب خبيث ، ومهر البغي خبيث ، وكسب الحجام خبيث » متفق عليهما . وروى عن ابن عباس أنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ، فان جاء يطلبه فاملأوا كفه ترابا ، رواه أبو داود ، ولأنه حيوان نهى عن اقتنائه في غير حال الحاجة اليه أشبه الخنزير ، أو حيوان نجس العين أشبه الخنزير : فأما حديثهم فقال احمد . هذا من الحسن ابن أبي جعفر وهو ضعيف ، وقال الدارقطني ، الصحيح أنه موقوف على جابر ، وقال الترمذى ، لا يصح اسناد هذا الحديث ، وقد روى عن أبي هريرة ولا يصح ايضا ، ويحتمل أنه اراد ، ولا كلب صيد ، وقد جاءت اللغة بمثل ذلك ، قال الشاعر :

وكل اخ مفارقة اخوه لعمر وايك الا الفرقدان

اي والفرقدان ، ثم هذا الحديث حجة على من اباح بيع غير كلب الصيد

(فصل) ولا تجوز اجارته ، نص عليه احمد ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يجوز لانها منفعة مباحة لجازات المعاوضة عنها كمنع الحمر ولنا أنه حيوان محرم بيعه لحبشه فحرمت اجارته كالخنزير ، وقياسهم ينتقض بضراب الفحل ، فانها منفعة مباحة ، ولا يجوز اجارتها ، ولأن اباحة الانتفاع لم تبح بيعه فكذلك اجارته ، ولأن منفعته لا تضمن في الغصب فانه لو غصبه غاصب مدة لم يلزمه لذلك عوض فلم يجز أخذ العوض عنها في الاجارة كمنع الخنزير

فصل في

وتصح الوصية بالكلب الذي يباح اقتناؤه لأنها نقل اليد فيه من غير عوض وتصح هبته لذلك ، وقال القاضي ، لا تصح لأنها تملك في الحياة أشبهت البيع والاول أصح ، ويفارق البيع لأنه يؤخذ عوضه وهو محرم ، ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين

« مسألة ، قال (ومن قتله وهو معلم فقد أساء ، ولا غرم عليه)

أما قتل المعلم فحرام وفاعله مسيء ظالم ، وكذلك كل كلب مباح امساكه لأنه محل منتفع به يباح اقتناؤه فحرم اتلافه كالشاة ، ولا نعم في هذا خلافا ، ولا غرم على قاتله ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وعطاء . عليه الغرم لما ذكرنا في تحريم اتلافه

ولنا أنه محل يحرم أخذ عوضه فحبسه فلم يجب غرمه باتلافه كالخنزير . وإنما يحرم اتلافه لما فيه من الاضرار . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الضرر والاضرار

(فصل) فأما قتل ما لا يباح امساكه فإن الكلب الاسود البهيم يباح قتله لأنه شيطان . قال عبد الله بن الصامت سألت أبا ذر فقلت « ما بال الاسود من الاحمر من الابيض ؟ فقال . سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سألتني . فقال الكلب الاسود شيطان ، رواه مسلم وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لولا ان الكلاب امة من الامم لأمرت بقتلها . فاقتلوا منها كل أسود بهيم ، وبإباح قتل الكلب العقور : لما روت عائشة رضی الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحل والحرم : الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور ، متفق عليه . ويقتل كل واحد من هذين وان كان معلما للخبرين . وعلى قياس الكلب العقور . كل ما أذى الناس وضرهم في أنفسهم وأموالهم يباح قتله لأنه يؤذى بلا نفع أشبه الذئب . وما لا مضرة فيه لا يباح قتله لما ذكرنا من الخبر . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم

د أنه أمر بقتل الكلاب حتى إن المرأة تقدم من البادية بكلبها فتقتله ، ثم تسي عن قتلها وقال : عليكم بالأسود البيم ذى الطفتين ^١ ، فإنه شيطان ، رواه مسلم .

(فصل) ولا يجوز اقتناء الكلب إلا كلب الصيد أو كلب ماشية أو حرث . لما روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من اتخذ كلبا إلا كلب صيد أو ماشية أو زرع نقص من أجره كل يوم قيراط .

وعن ابن عمر قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية فإنه ينقص من أجره كل يوم قيراطان ، قال س : لم : وكان أبو هريرة يقول : أو كلب حرث ، متفق عليه . وإن اقتناه لحفظ البيوت لم ينز للخير ، ويحتمل الإباحة وهو قول أصحاب الشافعي ، لأنه في معنى الثلاثة ، فيقاس عليها : والاول أصح : لأن قياس غير الثلاثة عليها يبيع ما يتناول الخبر تحريمه قال القاضي : وليس هو في معناها فقد يحتال اللص لاخرجه بشيء يطعمه إياه ثم يسرق المتاع ، وأما الذئب فلا يحتمل هذا في حقه ، ولأن اقتنائه في البيوت يؤذى المارة بخلاف الصحراء .

(فصل)

فأما تربية الجرو الصغير لأحد الأمور الثلاثة ، فيجوز في أقوى الوجهين ، لأنه قصده لذلك ، فيأخذ حكمه ، كما يجوز بيع العبد الصغير والجحش الصغير الذي لا نفع فيه في الحال لما له إلى الانتفاع ، ولأنه لو لم يتخذ الصغير ما أمكن جعل الكلب للصيد ، اذ لا يصير معلما إلا بالتعليم : ولا يمكن تعليمه إلا بتربيته واقتنائه مدة يعلمه فيها ، قال الله تعالى (ه : ٤) وما علمتم من الجوارح مكبلين تعلمونهم بما عليكم الله) ولا يوجد كلب معلم بخير تعليم . والوجه الثاني : لا يجوز ، لأنه ليس من الثلاثة .

(فصل) ومن اقتنى كلبا لصيد ثم ترك الصيد مدة وهو يريد العود إليه لم يحرم اقتناؤه في مدة تركه ، لأن ذلك لا يمكن التحرز منه ، وكذلك لو حصده صاحب

(١) المعروف في الحديث « اقتلوا من الحيات ذا الطفتين والأبتر » وأصل الطفية خوصة المقل فكأنه شبه الخطين على ظهر الحية بالطفتين :

الزرع زرعه أبيع له إمساك الكلب إلى أن يزرع زرعاً آخر ؛ ولو هلك ما شئته فأراد شراء غيرها فله إمساك كلبها لينتفع به في التي يشتريها ، فأما إن اقتنى كلب الصيد من لا يصيد به احتمل الجواز ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم استثنى كلب الصيد مطلقاً ، واحتمل المنع ، لأنه اقتناه لغير حاجة أشبه غيره من الكلاب ، ومعنى كلب الصيد . أى كلب يصيد به ، وهذا كذا الاحتمالان فيمن اقتنى كلباً ليحفظ له حرثاً أو ماشية إن حصلت أو يصيد به إن احتاج إلى الصيد ، وليس له في الحال حرث ولا ماشية يحتمل الجواز لقصد ذلك ، كما لو حصد الزرع وأراد أن يزرع غيره .

(فصل) ولا يجوز بيع الخنزير ولا الميتة ولا الدم ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول به ، وأجمعوا على تحريم الميتة والخمر ، وعلى أن بيع الخنزير وشراؤه حرام ، وذلك لما روى جابر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بمكة يقول : إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، مفق عليه ؛ ولا يجوز بيع مالا منفعة فيه ، كالخشرات كلها وسباع البهائم التي لا تصلح للاصطياد ، كالأسد والذئب ، ومالا يؤكل ولا يصاد به من الطير ، كالرخم والحدأة والغراب الأبقع وغراب البين ويبيضا فكل هذا لا يجوز بيعه ، لأنه لا نفم فيه فأخذ ثمنه أكل مال بالباطل .

(فصل) ولا يجوز بيع السرجين النجس ، وهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : يجوز لأن أهل الأمصار يتبايعونه لزروعهم من غير تكثير . فكان إجماعاً .

ولنا : أنه يجمع على نجاسته ، فلم يجوز بيعه كالميتة ، وما ذكروه فليس بإجماع ، فإن الإجماع اتفاق أهل العلم ولم يوجد ، ولأنه رجع نجس فلم يجوز بيعه ، كجميع الأدمى .

(فصل) ولا يجوز بيع الحر ولا ماله بملوك كالمباحات قبل حيازتها وملوكها ولا نعلم في ذلك خلافاً ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : قال الله عز وجل : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستر في منه ولم يوفه أجره ، رواه البخاري .

«مسألة ، قال (ويع الفهد والصقر المعلم جائز ، وكذلك بيع الهر ، وكل ما فيه المنفعة)

وجملة ذلك : أن كل مملوك أبيح الاتفباع به يجوز بيعه إلا ما استثناه الشرع من الكلب وأم الولد والوقف ، وفي المدبر والمكاتب والزيت النجس اختلاف نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى ، لأن الملك سبب لاطلاق التصرف ، والمنفعة المباحة يباح له استيفؤها لحاجته له أخذ عوضها وأبيح لغيره بذل ماله فيها توصلا إليها ودفعاً لحاجته بها ، كسائر ما أبيح بيعه ، وسواء في هذا ما كان طاهراً كالشباب والعقار وبهيمة الأنعام والخيول والصيد ، أو مختلفاً في نجاسته كالبلبل والحمار وسباع البهائم وجوارح الطير التي تصلح للصيد كالفهد والصقر والبازي والشاهين العقاب والطير المقصود صوته كالحزاز والبلبل والبيغاء وأشباه ذلك ، فكله يجوز بيعه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو بكر عبد العزيز وابن أبي موسى : لا يجوز بيع الفهد والصقر ونحوهما ، لأنها نجسة ، فلم يجز بيعها كالكلب .

ولنا أنه حيوان أبيح اقتناؤه وفيه نفع مباح من غير وعيد في حبسه فأبيح بيعه كالبلبل ، وما ذكرناه يطل بالبلبل والحمار ، فإنه لا خلاف في إباحة بيعهما وحكمهما حكم سباع البهائم في الطهارة والنجاسة وإباحة الاقتناء والاتفباع ، وأما الكلب فإن الشرع توعده على اقتنائه وحرمة الا في حال الحاجة ، فصارت إباحته ثابتة بطريق الضرورة بخلاف غيره ، ولأن الأصل الإباحة ، بدليل قول الله تعالى ٢٠ : ٢٧٥ وأحل الله البيع (ولما ذكرنا من المعنى خرج منه ما استثناه الشرع لمعان غير موجودة في هذا ، فبقى على أصل الإباحة .

وأما الهر : فقال الخرقى : يجوز بيعها ، وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والحكم وحماة والثوري ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أنه كره ثمنها ، وروى ذلك عن أبي هريرة وطاوس ومجاهد وجابر بن زيد ، واختاره أبو بكر ، لما روى مسلم عن جابر « أنه سئل عن ثمن السنور فقال زجر النبي (ص) عن ذلك » وفي لفظ رواه أبو داود عن جابر « أن النبي (ص) نهى عن ثمن السنور » قال الترمذي : هذا حديث حسن ، وفي إسناده اضطراب .

ولنا ما ذكرنا فيما يصاد به من السباع ، ويحمل الحديث على غير المملوك منها أو مالا نفع فيه منها ، بدليل ما ذكرنا ، ولأن البيع شرع طريقا للتوصل إلى قضاء الحاجة واستيفاء المنفعة المباحة ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه مما يباح الانتفاع به فينبغى أن يشرع ذلك فيه ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه فما يباح الانتفاع به ينبغى أن يجوز بيعه .

(فصل) فإن كان الفهد والصقر ونحوهما مما ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لم يجز بيعه ، لعدم النفع به ، وإن كان مما يمكن تعليمه جاز بيعه ، لأن ماله إلى الانتفاع فأشبه الجحش الصغير .

(فصل) فأما ما يصاد عليه كالبومة التي يجعلها شباشبا لتجمع الطير إليها فيصيده الصياد فيجتمعا جواز بيعها للنفع الحاصل منها ويحتل المنع ، لأن ذلك مكروه لما فيه من تعذيب الحيوان ، وكذلك اللقلق ونحوه .

فصل في بيع الطير

فأما بيض ما لا يؤكل لحمه من الطير ، فإن كان مما لا نفع فيه لم يجز بيعه ، طاهراً كان أو نجساً ، وإن كان ينتفع به بأن يصير فرخاً وكان طاهراً جاز بيعه ، لأنه طاهر منتفع به ، أشبه أصله ، وإن كان نجساً كبيض البازي والصقر ونحوه لحكمه حكم فرخه ، وقال القاضي : لا يجوز بيعه : لأنه نجس لا ينتفع به في الحال وهذا ملغى بفرخه وبالجحش الصغير .

(فصل) قال أحمد : أكره بيع القرد ، قال ابن عقيل : هذا محمول على بيعه للاطافة به واللعب ، فأما بيعه لمن ينتفع به كحفظ المتاع والدكان ونحوه فيجوز ، لأنه كالصقر والبازي ، وهذا مذهب الأئمة . وقياس قول أبي بكر وابن أبي موسى المنع من بيعه مطلقاً .

(فصل) وفي بيع العلق التي ينتفع بها مثل التي تعلق على وجه صاحب الكلف فتمص الدم ، والديدان التي تترك في الشخص فيصاها السمك وجهان : أحدهما : جواز بيعها للحصول نفعا فهي كالسمك .

والثاني : لا يجوز ، لأنها لا ينتفع بها إلا نادراً فأشبهت ما لا نفع فيه .

(فصل) ويجوز بيع دود القز وبزره ، وقال أبو حنيفة في رواية عنه : إن كان

مع دود القز قز جاز بيعه والا فلا ، لأنه لا ينتفع بعينه ، فهو كالحشرات ، وقيل لا يجوز بيع بزره .

ولنا أن الدود حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لتملك ما يخرج منه ، أشبه البهائم ، ولأن الدود وبزره طاهر منتفع به فجاز بيعه كالثوب ، وقوله : لا ينتفع بعينه ، يبطل بالبهائم التي لا يحصل منها نفع سوى التناج ويفارق الحشرات التي لا نفع فيها أصلاً ، فإن نفع هذه كثير : لأن الحرير الذي هو أشرف ملابس الدنيا إنما يحصل منها .

(فصل) ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع : وقال أبو حنيفة : لا يجوز بيعها منفردة ، لما ذكر في دود القز .

ولنا أنه حيوان طاهر يخرج من بطونها شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كبهيمة الانعام ، واختلف أصحابنا في بيعها في كواراتها ، فقال القاضي : لا يجوز ، لأنه لا يمكن مشاهدة جميعها ، ولأنها لا تخلو من عسل يكون مبيعها معها وهو محمول ، وقال أبو الخطاب : يجوز بيعها في كواراتها ومنفردة عنها ، فإنه يمكن مشاهداتها في كواراتها إذا فتح رأسها ، ويعرف كثرتة من قلته وخفاء بعضه لا يمنع صحة بيعه كالصبرة ، وكما لو كان في وعاء ، فإن بعضه يكون على بعض ، فلا يشاهد إلا ظاهره ، والعسل يدخل في البيع تبعاً ، فلا تضر جهائته ، كأساسات الحيطان ، فإن لم يمكن مشاهدة النحل لكونه مستوراً بأقراصه ولم يعرف لم يجز بيعه لجهائته .

(فصل) ذكر الحرق . أن الترياق لا يؤكل لأنه يقع فيه لحوم الحيات ، فعلى هذا لا يجوز بيعه ، لأن نفعه إنما يحصل بالأكْل وهو محرم فحلاً من نفع مباح ، فلم يجز بيعه كالميتة ، ولا يجوز التداوى به ولا بسم الأفاعي ^(١) فأما السم من الحشائش والنبات فإن كان لا ينتفع به أو كان يقتل قليلاً لم يجز بيعه لعدم نفعه

(١) أكل الحيات غير محرم إجماعاً ، بل أباحه مالك وغيره ، فما ثبت عند الأطباء من نفع الترياق أو غيره من الأدوية التي يدخل فيها سمها فهو مباح على أن المحرم لذاته يباح للضرورة ، والمحرم لسد الذريعة يباح للحاجة ، كما في أعلام الموقعين .

وإن انتفع به وأمكن التداوى يسيره كالسقمونيا جاز بيعه . لأنه طاهر منتفع به
أشبه بقية المأكولات .

(فصل) ولا يجوز بيع جلد الميتة قبل الدبغ قولاً واحداً . قاله ابن أبي موسى
وفي بيعه بعد الدبغ عنه خلاف ، وقد روى حرب عن أحمد أنه قال : « إن النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب » ، وأما غير ذلك نحو ريش الطير التي لها
مخالب أو بعض جلود السباع التي لها أنياب فإن بيعها أسهل لأن النبي صلى الله عليه
وسلم إنما نهى عن أكل لحومها ؛ والصحيح عنه : أنه لا يجوز ، وهذا ينبنى على الحكم
بنجاسة جلود الميتة ، وأنها لا تطهر بالدباغ ، وقد ذكرنا ذلك في بابه

(فصل)

فأما بيع ابن الأدميات فقال أحمد أكرهه ، واختلف أصحابنا في جوازه
فظاهر كلام الخرق جوازه لقوله وكل ما فيه المنفعة وهذا قول ابن حامد ومذهب
الشافعي ، ومذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه وهو مذهب أبي حنيفة ومالك
لأنه مائع خارج من آدمية ، فلم يجوز بيعه كالعرق ولأنه من آدمي فأشبهه سائر
أجزائه والأول أصح ، لأنه ابن طاهر منتفع به ، فجاز بيعه كلبن الشاة ، ولأنه
يجوز أخذ العوض عنه في إجارة الظئر فأشبهه المنافع ، ويفارق العرق فإنه لا نفع
فيه ، ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها ، وسائر أجزاء الأدمي يجوز بيعها ،
فإنه يجوز بيع العبد والأمة وإنما حرم بيع الحر لأنه ليس بمملوك وحرم بيع
العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه »

(فصل) واختلفت الرواية في بيع رباع مكة وإجارة دورها ، فروى أن ذلك
غير جائز ، وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري وأبي عبيد وكرهه إسحاق ،
لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
في مكة : لا تباع رباعها ولا تتركى بيوتها ، رواه الأثرم بأسناده . وعن مجاهد عن
النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : مكة حرام بيع رباعها حرام إيجارتها ، وهذا نص

(١) مفهومه أنه يجوز بيعه إذا انتفع به ، وهذا حاصل في عصرنا في الجلد
تسلخ قطعة منه ويرقع بها البدن ، وفي غير ذلك

رواه سعيد بن منصور في سننه ، وروى « أنها كانت تدعى السوائب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم » ذكره مسدد في مسنده ، ولأنها فتحت عنوة ولم تقسم ، فكانت موقوفة فلم يجز بيعها كسائر الارض التي فتحها المسلمون عنوة ولم يقسموها ، والدليل على أنها فتحت عنوة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين ، وأنها لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي ، وإنما أحلت لي ساعة من نهار » متفق عليه ، وروى أم هانئ قالت « أجرت حمويين لي ، فأراد علي أخى قتلها ، فأبى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله أجرت حمويين لي ، فزعم ابن أمي علي أنه قاتلها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : قد أجرنا من أجرنا أو أمنا من أمنت يا أم هانئ » متفق عليه ، ولذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتل أربعة ، فقتل منهم ابن خطل ومقيس بن صباية ؛ وهذا يدل على أنها فتحت عنوة

والرواية الثانية أنه يجوز بيع رباعها وإجارة بيوتها وروى ذلك عن طاوس وعمر بن دينار ، وهذا قول الشافعي وابن المنذر وهو أظهر في الحجة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما قيل له « أين تنزل غدا ؟ قال وهل ترك لنا عقيل من رباع ؟ » متفق عليه ، يعني ، أن عقيل باع رباع أبي طاب لأنه ورثه دون إخوته لكونه كان على دينه دونها ولو كانت غير مملوكة لما أثر بيع عقيل شيئا . ولأن أصحاب النبي (ص) كانت لهم دور بمكة لأبي بكر والزبير وحكيم بن حزام وأبي سفيان وسائر أهل مكة . فمنهم من باع ومنهم من ترك داره فهي في يد أعقابهم وقد باع حكيم بن حزام دار الندوة . فقال ابن الزبير « بعث مكرمة قريش فقال : يا ابن أخى ذهبت المكارم إلا التقوى ، أو كما قال : واشترى معاوية دارين ، واشترى عمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف . ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره ولم ينكره منكر فكان اجاعا . وقد قرره النبي (ص) بنسبة دورهم إليهم فقال « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن أغلق عليه بابه فهو آمن ، وأقرهم في دورهم ورباعهم ولم ينقل أحدا عن داره ولا وجد منه ما يدل على زوال أملاكهم . وكذلك من بعده من الخلفاء . حتى أن عمر رضي الله عنه مع شدته في الحق لما احتاج إلى دار السجن لم يأخذها إلا بالبيع

ولأنها أرض حية لم يرد عليها صدقة محرمة لجاز بيعها كسائر الأرض . وما روى من الأحاديث في خلاف هذا فهو ضعيف ، وأما كونها فتحت عنوة فهو الصحيح الذي لا يمكن دفعه ، إلا أن النبي (ص) أقر أهلها فيها على أملاكهم ورباعهم ، فيدل ذلك على أنه تركها لهم كما ترك لهوازن نساءهم وأبناءهم وعلى القول الأول : من كان ساكن دار أو منزل فهو أحق به يسكنه ويسكنه وليس له بيعه ولا أخذ أجرته ، ومن احتاج إلى مسكن فله بذل الأجرة فيه ، وإن احتاج إلى الشراء فله ذلك ، كما فعل عمر رضي الله عنه . وكان أبو عبد الله إذا سكن أعطاهم أجرتها ، فإن سكن بأجرة فأمكنه أن لا يدفع اليهم الأجرة جاز له ذلك لأنهم لا يستحقونها

وقد روى أن سفیان سكن في بعض رباع مكة وهرب ولم يعطهم أجرة فأدركوه فأخذوها منه ، وذكر لاحد فعل سفیان فتبسم . فظاهر هذا أنه أعجبه . قال ابن عقيل : والخلاف في غير مواضع المناسك ، أما بقاع المناسك كموضع السعي والرمي فحكمه حكم المساجد بغير خلاف

(فصل)

ومن بنى بناء بمكة بآلة مجلوبة من غير أرض مكة جاز بيعها ، كما يجوز بيع أبنية الوقوف وأنقاضها ، وإن كانت من تراب الحرم وحجارتها أثني جواز بيعها على الروايتين في بيع رباع مكة لأنها تابعة لمكة ، وهكذا تراب كل وقف وأنقاضه قال أحمد : وأما البناء بمكة فإني أكرهه . قال إسحاق : البناء بمكة على وجه الاستخلاص لنفسه لايجل ، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قيل له : ألا تبني لك بني بني ؟ فقال مني مناخ لمن سبق .

(فصل) قال أحمد : لا أعلم في بيع المصاحف رخصة . ورخص في شرائها وقال الشراء أهون ، وكره بيعها ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وسعيد بن جبير وإسحاق وقال ابن عمر « وددت أن الأيدي تقض في بيعها » وقال أبو الخطاب : يجوز بيع المصحف مع السكراة ، وهل يكره شراؤه وإبداله ؟ على روايتين ورخص في بيعها الحسن والحكم وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي ، لأن البيع يقع على الجلد والورق وبيع ذلك مباح

ولنا قول الصحابة رضى الله عنهم ولم نعلم لهم مخالفاً في عصرهم ولا أنه يشتمل على كلام الله تعالى فيجب صيانته عن البيع والابتذال^(١). وأما الشراء فهو أسهل لأنه استنقاذ للمصحف وبذل للماله فيه لجواز كما أجاز شراء رباع مكة واستئجار دورها من لا يرت بيعها ولا أخذ أجرها، وكذلك أرض السواد ونحوها وكذلك دفع الاجرة الى الحجام لا يكره مع كراهة كسبه، وإن اشترى الكافر مصحفاً فالبيع باطل، وبه قال الشافعى وأجازه أصحاب الرأى وقالوا يجب على بيعه لأنه أهل للشراء والمصحف محل له

ولنا أنه يمنع من استدامة الملك عليه فنفع من ابتدائه كسائر ما يحرم بيعه، وقد نهى النبي (ص) عن المسافرة بالقرآن الى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم، فلا يجوز تمكينهم من التوصل إلى نيل أيديهم إياه

(فصل) ولا يصح شراء الكافر مسلداً، وهذا قول مالك في إحدى الروايتين عنه والشافعى في أحد القولين. وقال أبو حنيفة. يصح ويجهز على إزالة ملكه لأنه يملك المسلم بالإرث ويوق ملكه عليه إذا أسلم في يده، فصح شراؤه له كالمسلم ولنا أنه يمنع استدامة ملكه عليه فنفع ابتدائه كالنكاح، ولأنه عقد يثبت الملك على المسلم للكافر. فلم يصح كالنكاح، والملك بالإرث والاستدامة أقوى من ابتداء الملك بالفعل والاختيار، بدليل ثبوتيهما للحرم في الصيد مع منعه من ابتدائه فلا يلزم من ثبوت الاقوى ثبوت ما دونه، مع إننا نقطع الاستدامة عليه بمنعه منها وإجباره على إزالتها.

(فصل)

ولو وكل كافر مسلماً في شراء مسلم لم يصح الشراء، لأن الملك يقع للوكل، ولأن الموكل ليس بأهل لشرائه فلم يصح أن يشتري له: كما لو وكل مسلم ذمياً في شراء خمر، وإن وكل المسلم كافراً يشتري له مسلماً فاشتراه فقيه وجهان:

(١) عجيب أن يشددوا في بيع المصحف لتوهمهم أنه ابتذال لكلام الله، وليس فيه إلا المعاونة على نشر كتاب الله وتيسير النفع به

أحدهما يصح لأن المنع منه إنما كان لما فيه من ثبوت ملك الكافر على المسلم
والملك يثبت للمسلم ههنا فلم يتحقق المانع
والثاني لا يصح لأن ما منع من شرائه منع التوكيل فيه كالمحرم في شراء الصيد
والكافر في نكاح المسلمة ، والمسلم لا يجوز أن يكون وكيلًا لذي في شراء خمر

فصل

وإن اشترى الكافر مسلماً يعتق عليه بالقرابة كإبيه وأخيه صح الشراء وعتق
عليه في قول بعض أصحابنا ، وحكى فيه أبو الخطاب روايتين :

أحدهما لا يصح ، وهو قول بعض الأصحاب : لأنه شراء يملك به المسلم فلم
يصح كالذي لا يعتق عليه : ولأن ما منع من شرائه لم يبيع له شراؤه ، وإن زال
ملكه عقيب الشراء كشراء المحرم الصيد

والثانية يصح شراؤه ، لأن المنع إنما ثبت لما فيه من إهانة المسلم بملك الكافر له
والملك ههنا يؤول عقيب الشراء بالكلية ويحصل من نفع الحرية أضاعاف ما حصل
من الإهانة بالملك في لحظة يسيرة ، ويفارق من لا يعتق عليه ، فإن ملكه لا يزول
إلا بإزالته ، وكذلك شراء المحرم للصيد فإنه لو ملكه ثبت ملكه عليه ولم يزل ،
ولو قال كافر لمسلم : أعتق عبدك عني وعلى ثمنه ففعل صح ، لأن اعتاقه ليس
بتمليك ، وإنما هو إبطال للرق فيه ، وإنما حصل الملك فيه حكماً فجاز ، كما يملكه
بالإرث حكماً ، ولأن ما يحصل له بالحرية من النفع ينغمر فيه ما يحصل من الضرر
بالمالك فيصير كالمعدوم

وفيه وجه آخر : أنه لا يصح بناء على شراء قريبه المسلم

(فصل : ولو أجر مسلم نفسه لذي لعمل في ذمته صح ، لأن علياً رضي الله
عنه أجر نفسه من يهودى يستقى له كل دلو بتمرة ، وأتى بذلك النبي (ص) فأكله
وفعل ذلك رجل من الانصار وأتى به النبي (ص) فلم ينكره ، ولأنه لا صغار
عليه في ذلك ، وإن استأجره في مدة كيوم أو شهر فقيه وجهان :

أحدهما لا يصح لأن فيه استيلاء عليه وصغاراً ، أشبه الشراء
والثاني يصح وهو أولى ، لأن ذلك عمل في مقابلة عوض ، أشبه العمل

في ذمته ولا يشبه الملك ، لأن الملك يقتضى سلطانا واستدامة وتصرفا بأنواع التصرفات في رقبته بخلاف الإجارة

(فصل) ولا يجوز أن يفرق في البيع بين كل ذي رحم محرم : وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : لا يحرم التفريق إلا بين الام وولدها ، لأن النبي (ص) قال « من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » ، رواه الترمذى وقال حديث حسن ، وقال « لا توله والدة عن ولدها » ، فخصها بذلك ، فدل على الإباحة فيما سواه . وقال الشافعى : يحرم بين الوالدين والمولودين وان سفلوا ولا يحرم بين من عداهم ، لان القرابة التى بينهم لاتمتنع القصاص ولا شهادة بعضهم لبعض ، فلم تمتنع التفريق في البيع كإبني العم

ولنا ما روى أحمد في المسند حدثنا غندر حدثنا سعيد بن أبى عروة عن الحكم عن عبد الرحمن بن أبى ليلي عن علي بن رضى الله عنه قال « أمرني رسول الله (ص) أن أبيع غلامين أخوين ، فبعتهما ففرقت بينهما . فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : أدركهما فارتجعهما ولا تبعهما الا جميعا ،

وروى عن أبى موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لعن الله من فرق بين الوالدة وولدها والاخ وأخيه » ، ولأن بينهما رحما محرما فلم يجز التفريق بينهما كالولد مع أمه . ويفارق ابني العم فإنه ليس بينهما رحم محرم

(فصل)

فإن فرق بينهما قبل البلوغ فالبيع باطل ، وبه قال الشافعى فيما دون السبع ، وقال أبو حنيفة : البيع صحيح ، لان النهى لمعنى في غير البيع ، وهو الضرر اللاحق بالتفريق فلم يمنع صحة البيع ، كالبيع في وقت النداء .

ولنا حديث على وأن النبي (ص) أمره بردهما . ولو لزم البيع لما أمكن ردهما ، وروى أبو داود في سننه « أن عليا فرق بين الام وولدها فنهاه النبي (ص) فرد المبيع ، ولأنه يبيع محرم لمعنى فيه ففسد كبيع الخمر ولا يصح ما قاله ، فإن ضرر التفريق حاصل بالبيع فكان لمعنى فيه

فأما تحديده بالسبع فإن عموم اللفظ يمنع ذلك ، ولا يجوز تخصيصه بغير دليل : وإن كان فرق بينهما بعد البلوغ جاز

وقال أبو الخطاب : فيه روايتان ، إحداهما : لا يجوز لعموم النهي ، والثانية يجوز وهي الصحيحة ، لما روى أن سلة بن الأكوع « أني أبا بكر يأمرأة وابنتها فنفله أبو بكر ابنتها فاستوهبها منه النبي صلى الله عليه وسلم فوهبها له » وأهدى إلى النبي صلى الله عليه وسلم مارية وأختها سيرين فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم سيرين لحسان بن ثابت وترك مارية له ، ولأنه بعد البلوغ يصير مستقلاً بنفسه ، والعادة التفريق بين الأحرار ، فإن المرأة تزوج ابنتها ويفرق بين الحرة وولدها إذا اقترق الأبوان .

فصل

وإذا اشترى من في ماله حرام وحلال كالسلطان الظالم والمرابي ، فإن علم أن المبيع من حلال ماله فهو حلال ، وإن علم أنه حرام فهو حرام ، ولا يقبل قول المشتري عليه في الحكم ، لأن الظاهر أن ما في يد الإنسان ملكه ، فإن لم يعلم من أيهما هو كرهناه لاحتمال التحريم فيه ولم يبطل البيع لإمكان الحلال ، قل الحرام أو كثير ، وهذا هو الشبهة ، وبقدر قلة الحرام وكثرته تكون كثرة الشبهة وقلتها قال أحمد : لا يعجبني أن يأكل منه ، لما روى النعمان بن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشبهات لا يعلمها كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي حول الحمى يوشك أن يرتع فيه : ألا وإن لكل ملك حمى ، وحمل الله بحارمه ، متفق عليه ، وهذا لفظ رواية مسلم .

وفي لفظ رواية البخاري « فمن ترك ما شبهه عليه كان لما استبان أترك ، ومن اجتراً على ما يشك فيه من المأثم أو شك أن يواقع ما استبان ، وروى الحسن ابن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » وهذا مذهب الشافعي .

(فصل) والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب :

ما أصله الحظر كالذبيحة في بلد فيها مجوس وعبداء أو ثمان ينجسون ، فلا يجوز شراؤها وإن أمكن أن يصحكون ذابحها مسلماً لأن الأصل التحريم فلا يزول إلا يتيقن أو ظاهر ، وكذلك إن كان فيها أخلاط من المسلمين والمجوس

لم يجز شراؤها لذلك ، والأصل فيه : حديث عدى بن حاتم أن رسول الله (ص) قال « إذا أرسلت كلبك يطأ كلبا لم يسم عليهما فلا تأكل ، فإنك لا تدري أيها قتله » متفق عليه ، فأما إن كان ذلك في بلد الاسلام فالظاهر إباحتها ، لأن المسلمين لا يقرون في بلدهم بيع مالا يحل يبعه ظاهراً .

والثاني : ما أصله الإباحة كالماء يجده متغيراً لا يعلم أبوجاسة تغير أم يغيرها ، فهو الماهر في الحكم ، لأن الأصل الطهارة ، فلا تزول عنها إلا بيقين أو ظاهر ، ولم يوجد واحد منهما ، والأصل في ذلك : حديث عبد الله بن زيد قال « شكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل إليه في الصلاة أنه يجد الشيء قال : لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً » متفق عليه .

والثالث : مالا يعرف له أصل كرجل في ماله حلال وحرام ، فهذا هو الشبهة التي الأولى تركها على ما ذكرنا ، وعملاً بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه وجد تمره ساقطة فقال : لولا أني أخشى أنها من الصدقة لأكلتها » وهو من باب الورع .

(فصل)

وكان أحمد رحمه الله لا يقبل جوائز السلطان : وينكر على ولده وعمه قبولها ويشدد في ذلك ، ومن كان لا يقبلها ، سعيد بن المسيب والقاسم وبشر بن سعيد ومحمد بن واسع والثوري وابن المبارك وكان هذا منهم على سبيل الورع والتوقى لا على أنها حرام ، فإن أحمد قال : جوائز السلطان أحب إلى من الصدقة ، وقال : ليس أحد من المسلمين ، إلا وله في هذه الدراهم نصيب ، فكيف أقول : إنها سحت ؟ ومن كان يقبل جوائزهم ابن عمر وابن عباس وعائشة وغيرهم من الصحابة مثل الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر ، ورخص فيه الحسن البصري ومكحول والزهرى والشافعي .

واحتج بعضهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم « اشترى من يهودى طعاماً ومات ودرعه مرهونة عنده وأجاب يهودياً دعاه وأكل من طعامه » وقد أخبر الله تعالى أنهم أكالون للسحت .

وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال « لا بأس بجوائز السلطان فإن ما يعطيكم

من الحلال أكثر مما يعطيكم من الحرام ، وقال لا تسأل السلطان شيئاً وإن أعطى نخذ ، فإن مافى بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام .

قال أحمد رحمه الله : فيمن معه ثلاثة دراهم فيها درهم حرام : يتصدق بالثلاثة وإن كان معه مائتا درهم فيها عشرة حرام يتصدق بالعشرة ، لأن هذا كثير وذاك قليل ، فقليل له : قال سفيان : ما كان دون العشرة يتصدق به وما كان أكثر يخرج ، قال : نعم لا يحجف به .

قال القاضى : وليس هذا على سبيل التحديد ، وإنما هو على طريق الاختيار ، لأنه كلما أكثر الحلال بعد تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل فإنه يسهل إخراج الكل ، والواجب في الموضوعين إخراج قدر الحرام والباقي مباح له : وهذا لأن تحريمه لم يكن لتحريم عينه ، وإنما حرم لتعلق حق غيره به ، فإذا أخرج عوضه زال التحريم عنه كما لو كان صاحبه حاضراً فرضى بعوضه ، وسواء كان قليلاً أو كثيراً ، والورع إخراج ما يتيقن به إخراج عين الحرام ولا يحصل ذلك إلا بإخراج الجميع ، لكن لما شق ذلك في الكثير ترك لأجل المشقة فيه واقتصر على الواجب ، ثم يختلف هذا باختلاف الناس ، فمنهم من لا يكون له إلا الدراهم اليسيرة فيشق إخراجها لحاجته إليها ، ومنهم من يكون له مال كثير فيستغنى عنها فيسهل إخراجها .

(فصل) قد ذكرنا أن الظاهر من المذهب لا يجوز بيع كل ماء عذ كياه العيون ونقع البئر في أما كنه قبل إحراره في أنائه ، ولا الكلال في مواضعه قبل حيازته ، فعلى هذا : متى باع الأرض وفيها كلال أو ماء فلا حق للبائع فيه ، وقد ذكرنا رواية أخرى : أن ذلك مملوك ، وأنه يجوز بيعه : فعلى هذه الرواية : أن باع الأرض فذكر الماء والكلال في البيع دخل فيه وإن لم يذكره كان الماء الموجود والكلال للبائع : لأنه بمنزلة الزرع في الأرض ، والماء أصل بنفسه ، فهو كالطعام في الدار فما يتجدد بعد البيع فهو للبشرى ، وعلى هذه الرواية : إذا باع من هذا الماء أصعاً معلومة جاز ، لأنه كالصبرة ، وإن باع كل ماء البئر لم يجوز ، لأنه يختلط بغيره ، ولو باع من النهر الجاري أصعاً لم يجوز ، لأن ذلك الماء يذهب ويأتى غيره .

فصل

وعلى كلتا الروایتين : متى كان الماء النافع في ملكه أو الكلال أو المعادن وفق كفايته لشربه وشرب ماشيته لم يجب عليه بذله ، نص عليه ، لأنه في ملكه ، فإذا تساوى هو وغيره في الحاجة كان أحق به بالطعام ، وإنما تردد النبي صلى الله عليه وسلم على منع فضل الماء ، ولا فضل في هذا ، ولأن عليه في بذله ضرراً ولا يلزمه نفع غيره بمضرة نفسه وإن كان فيه فضل عن شربه وشرب ماشيته وزرعه واحتاجت إليه ماشية غيره لزمه بذله بغير عوض ، ولكل واحد أن يتقدم إلى الماء ويشرب ويسقي ماشيته ، وليس لصاحبه المنع من ذلك ، لما روى إياس بن عبد الله المزني : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من منع فضل الماء يمنع به فضل الكلال منعه الله فضل رحمته » .

وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تسأل المرأة طلاق أختها ، ونهى أن يمنع الماء مخافة أن يرعى الكلال ، يعني إذا كان في مكان كلال وليس يمكنه الإقامة لرعيه إلا بالسقي من هذا الماء فيمنعهم السقي ليتوفر الكلال عليه ، وروى أبو عبيدة بإسناده عن عمر أنه قال « ابن السبيل أحق بالماء من الباني عليه » .

وعن أبي هريرة قال « ابن السبيل أول شارب » وعن بهيسة قالت « قال ابن يارسول الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال الماء ، قال يارسول الله ، ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال : الملح ، وليس عليه بذل آلة البئر من الحبل والدلو والبكرة لأنه يخلق ولا يستخلف غيره ، بخلاف الماء وهذا كله هو الظاهر من مذهب الشافعي ، ولا فرق فيما ذكرنا بين البنيان والصحاري ، وعن أحمد أنه قال إنما هذا في الصحاري والبرية دون البنيان ، يعني أن البنيان إذا كان فيه الماء فليس لأحد الدخول إليه إلا بإذن صاحبه .

(فصل) وهل يلزمه بذل فضل مائه لزرع غيره ، فيه روايتان :

أحدهما : لا يلزمه ، وهو مذهب الشافعي ، لأن الزرع لا حرمة له في نفسه ولهذا لا يجب على صاحبه سقيه بخلاف الماشية .

والثانية : يلزمه بذله لذلك ؛ لما روى عن عبد الله بن عمرو « أن قيم أرضه

بالوهط كتب اليه يخبره أنه قد سقى أرضه وفضل له من الماء فضل يطلب بثلاثين ألفاً ، فكتب اليه عبد الله بن عمرو : أقم قلدك ثم اسق الأذن فالأذن ، فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع فضل الماء .

قال أبو عبيد : القلد يوم الثرب ، وفي المسند حدثنا حسن قال حدثنا حماد بن سلمة عن أبي الزبير عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فضل الماء ، وروى إياس بن عبد الله قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يمنع فضل الماء ، رواه الترمذي ، وقال حديث حسن صحيح ، وفي لفظ : نهى عن بيع الماء ، ولأن في منعه فضل الماء إهلاكه فخرم منعه كالماشية ، وقولهم : لا حرمة له قلنا : فلصاحبه حرمة فلا يجوز التسبب الى إهلاك ماله ، ويحتمل أن يمنع نفى الحرمة عنه فإن إضاعة المال منهي عنها واتلافه محرم ، وذلك دليل على حرمة

(فصل)

وإذا اشترى عبداً بائة فقضاها عنه غيره صح ، سواء قضاها بأمره أو غير أمره فإن بان العبد مستحقاً لزم رد المائة الى دافعها ، لأننا تبيننا أنه قبض غير مستحق ، فكأن المائة لم تخرج من يد دافعها ، وإن بان العبد معيباً فرد به بالعيب أو بإقالة ، أو أصدق امرأة انسان شيئاً فطلقها الزوج قبل دخوله بها ، أو ارتدت ، فهل يلزم رد المائة الى دافعها أو على المشتري والزوج ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : على الدافع ، لأن القبض حصل منه ، فالرد عليه كالتى قبلها : والثاني : على الزوج والمشتري ، لأن قضاها بمنزلة الهبة لهما : بدليل براءة ذمتها منه ، والهبة المقبوضة لا يجوز الرجوع فيها ، وإن كان الدفع بإذن المشتري والزوج احتمل أن يكون الحكم فيه كما لو قضاها بغير إذنه إذا كان فعل ذلك على سبيل التبرع عليه ، واحتمل أن يكون رده على الزوج والمشتري إذا كان عقدهما صحيحاً بكل حال . لأن اذنتها في تسليمه الى من له الدين عليهما إذا اتصل به القبض جرى مجرى قبوله وقبضه ، بخلاف ما إذا لم يأذن ، وإن أذنا في دفع ذلك عنهما قرضاً ، فإن الرد يكون عليهما والمقرض يرجع عليهما بعوضه .

(فصل) إذا قال العبد لرجل : ابتعني من سيدى ففعل ، فإن العبد معتقاً .

فالضمان على السيد نص عليه أحمد . وبه قال أبو حنيفة : إن كان السيد حاضراً حين نزه العبد ، وإن كان غائباً فالضمان على العبد لأن الغرور منه

ولنا أن السيد قبض الثمن بغير استحقاق وضمن العهدة فكان الضمان عليه كما لو كان حاضراً ، وإن بان العبد مخصوباً أو به عيب فرده فالضمان على السيد لما ذكرنا

(فصل)

وإن اشترى اثنان عبداً فذاب أحدهما وجاء الآخر يطلب نصيبه منه فله ذلك وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك ، لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بتسليم نصيب الغائب وليس له تسليمه بغير اذنه

ولنا أنه طلب حصته فكان له ذلك ، كما لو أوجب لكل واحد منهما منفرداً ، وما ذكروه يبطل بهذه الصورة . وإن قال الحاضر أنا أدفع جميع الثمن ويدفع إلى جميع العبد لم يكن له ذلك ، وقال أبو حنيفة له ذلك

ولنا أن شريكه لم يأذن للحاضر في قبض نصيبه ولا للبائع في دفعه إليه ، فلم يكن لهما ذلك كما لو كانا حاضرين ، فإن سلم إليه فتلف العبد فللتائب تضمين أيهما شاء لأن الدافع فرط بدفع ماله بغير اذنه والشريك قبض مال غيره بغير اذنه ، فإن ضمن الشريك لم يرجع على أحد ، لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه ، وإن ضمن الدافع رجع على القابض لذلك ، ويقوى عندي أنه إذا لم يمكن تسليم نصيب أحد المشتريين إليه إلا بتسليم نصيب صاحبه أنه لا يجوز التسليم إليه لما ذكرنا ههنا

(فصل) ويستحب الإشهاد في البيع لقول الله تعالى (٢ - ٢٨٢) وأشهدوا إذا تباعتم) وأقل أحوال الأمر الاستحباب ، ولأنه أقطع للنزاع وأبعد من التجاحد فكان أولى ، ويختص ذلك بما له خطر ، فأما الأشياء القليلة الخطر ، كواثج البقال والعطار وشبهها فلا يستحب ذلك فيها ، لأن العقود فيها أكثر فيشق الإشهاد عليها وتقبح إقامة البينة عليها والترافع إلى الحاكم من أجلها بخلاف الكثير ، وليس الإشهاد بواجب في واحد منها ولا شرطاً له . روى ذلك عن أبي سعيد الخدري وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق وأبي أيوب . وقالت طائفة : ذلك فرض لا يجوز تركه . وروى ذلك عن ابن عباس ، ومن رأى الإشهاد على البيع :

عطاء وجابر بن زيد والنخعي لظاهر الامر ، ولانه عقد معاوضة فيجب الإشهاد عليه كالنكاح .

ولنا قول الله تعالى (٢ - ٢٨٣) فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته وقال أبو سعيد : عصار الامر الى الامانة وتلا هذه الآية ، ولان النبي (ص) « اشترى من يهودى طعاما ورهنه درعه ، واشترى من رجل سراويل ، ومن أعرابي فرسا فجحد الأعرابي حتى شهد له خزيمة بن ثابت ، ولم ينقل أنه أشهد في شيء من ذلك ، وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الأسواق فلم يأمرهم بالإشهاد ولا ينقل عنهم فعله ، ولم ينكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم ولو كانوا يشهدون في كل بيعاتهم لما أخل بنقله ، وقد أمر النبي (ص) عروة بن الجعد أن يشتري له أضيحة ، ولم يأمره بالإشهاد ، وأخبره عروة أنه اشترى شاتين فباع احدهما ، ولم ينكر عليه ترك الإشهاد ، ولأن المبايعة تسكر بين الناس في أسواقهم وغيرها : فلو وجب الإشهاد في كل ما يتبايعونه أفضى الى الحرج المخطوط عنا بقوله تعالى (٢٢ - ٧٨) وما جعل عليكم في الدين من حرج) والآية المراد بها الارشاد الى حفظ الاموال والتعليم ، كما أمر بالرهن والكاتب ، وليس ذلك بواجب وهذا ظاهر

(فصل)

ويكره البيع والشراء في المسجد ، وبه قال اسحاق ، لما روى أبو هريرة أن رسول الله (ص) قال « اذا رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا : لا أبيع الله تجارتك ، واذا رأيتم من ينشد ضالة في المسجد فقولوا : لا ردها الله عليك ، أخرجه الترمذى وقال . حديث حسن غريب ، ولان المساجد لم تكن لهذا . ورأى عمر ان القصير رجلا يبيع في المسجد فقال « هذه سوق الآخرة فإن أردت التجارة فأخرج الى سوق الدنيا » فإن باع فالبيع صحيح ، لان البيع تم بأركانه وشروطه ولم يثبت وجود مفسد له ، وكرهه ذلك لا توجب الفساد كالغش في البيع والتدليس والتصرية . وفي قول النبي (ص) « قولوا لا أبيع الله تجارتك » من غير اخبار بنفساد البيع دليل على صحته والله أعلم

باب السلم

وهو أن يسلم عوضا حاضرا في عوض موصوف في الذمة إلى أجل ، ويسمى سلما وسلفا ، يقال أسلم وأسلف وسلف ، وهو نوع من البيع يتعقد باعتقده البيع وبلغظ السلم والسلف ، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع ، وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع

أما الكتاب فقول الله تعالى ٢: ٢٨٢ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه (وروى سعيد بإسناده عن ابن عباس أنه قال : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ، ثم قرأ هذه الآية ، ولأن هذا اللفظ يصلح للسلم ويشمله بعمومه

وأما السنة : فروى ابن عباس عن رسول الله (ص) : « أنه قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار الستين والثلاث ، فقال : من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ، متفق عليه ، وروى البخاري عن محمد بن أبي المجالد قال : « أرسلني أبو بردة وعبد الله بن شداد إلى عبد الرحمن بن أبيزى وعبد الله بن أبي أوفى ، فسألتهما عن السلف فقالا : كنا نصيب المغنم مع رسول الله (ص) فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام فنسلفهم في الخنطة والشعير والزبيب فقلت : أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع ؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك ،

وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز ، ولأن المثلث في البيع أحد عوضي العقد ، فجاز أن يثبت في الذمة كالمثلث ، ولأن بالناس حاجة إليه ، لأن أرباب الزرع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكامل ، وقد تعوزهم النفقة ، فجوز لهم السلم ليرتفعوا ويرتفع المسلم بالاسترخاء

« مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (وكل ما ضبط بصفة فالسلم فيه جائز)

وجملة ذلك أن السلم لا يصح إلا بشروط ستة
أحدها أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها

ظاهر أبيض في الحبوب والثمار والدقيق والثياب والابرسم والقطن والكتان والصوف والشعر والكاغد والحديد والرصاص والصفرة والنحاس والأدوية والطيب والخلول والادهان والشحوم والالبان والزئبق والشب والكبريت والسكل وكل مكمل أو موزون أو مزروع ، وقد جاء الحديث في الثمار وحديث ابن أبي أوفى في الحنطة والشعير والزبيب والزيت ، وأجمع أهل العلم على أن السلم في الطعام جائز ، قاله ابن المنذر ، وأجمعوا على جواز السلم في الثياب . ولا يصح السلم فيما لا ينضبط بالصفة ، كالجوهر من اللؤلؤ والياقوت والفيروزج والزبرجد والعقيق والبالور لأن أثمانها تختلف اختلافاً متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها وصفائها ، ولا يمكن تقديرها ببيض العصفور ونحوه ، لأن ذلك يختلف ، ولا بشيء معين لأن ذلك يتلف . وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي

وحكى عن مالك صحة السلم فيها إذا اشترط منها شيئاً معلوماً ، وإن كان وزناً فهو من معروف ، والذي قلناه أولى لما ذكرنا ، ولا يصح فيما يجمع أخلاطاً مقصودة غير متميزة كالعالية والند والمعاجين التي يتداوى بها للجمل بها ، ولا في الحوامل من الحيوان ، لأن الولد مجهول غير متحقق . ولا في الاواني المختلفة الروس والايواسط ، لأن الصفة لا تأتي عليه

وفيه وجه آخر أنه يصح السلم فيه إذا ضبط بارتفاع حائطه ودور أعلاه وأسفله : لأن التفاوت في ذلك يسير ، ولا يصح في القسي المشتعلة على الخشب والقرن والعصب والنوز ، إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك وتمييز ما فيه منها ، وقيل يجوز السلم فيها : والاولى ما ذكرنا

قال القاضي : والذي يجمع أخلاطاً على أربعة أضرب أحدها مختلط مقصود متميز ، كالثياب المنسوجة من قطن وكتان ، أو قطن وابرسم فيصح السلم فيها لأن ضبطها ممكن

الثاني : ما خلطه لمصلحته ، وليس بمقصود في نفسه : كالأنفحة في الجبن والملح في العجين والخبز والماء في خل التمر والزبيب فيصح السلم فيه ، لأنه يسير لمصلحته

الثالث : أخلاط مقصودة غير متميزة كالعالية والند والمعاجين فلا يصح السلم فيها لأن الصفة لا تأتي عليها

الرابع : ما خلطه غير مقصود ولا مصلحة فيه ، كاللبن المشوب بالماء ، فلا يصح السلم فيه

(فصل) ويصح السلم في الحَبْزِ واللُّبِّ وما أمكن ضبطه بما مسته النار ، وقال الشافعي : لا يصح السلم في كل معمول بالنار لأن النار تختلف ويختلف عملها ويختلف الثمن بذلك .

ولنا قوله عليه السلام « من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم ، فظاهر هذا إباحة السلم في كل مكيل وموزون ومعدود ، ولأن عمل النار فيه معلوم بالعادة يمكن ضبطه بالنشافة والرطوبة : فصح السلم فيه كالجفف بالشمس ، فأما اللحم المطبوخ والشواء فقال القاضي لا يصح السلم فيه ، وهو مذهب الشافعي : لأن ذلك يتفاوت كثيراً وعادات الناس فيه مختلفة فلم يمكن ضبطه . وقال بعض أصحابنا يصح السلم فيه لما ذكرنا في الحَبْزِ واللُّبِّ

(فصل)

ويصح السلم في النشاب والنبل . وقال القاضي لا يصح السلم فيهما ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه يجمع أخلاطاً من خشب وعقب وریش ونصل ، فجرى مجرى أخلاط الصيادلة ، ولأن فيه ريشاً نجساً ، لأن ريشه من جوارح الطير ولنا أنه مما يصح بيعه ، ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالباً فصح السلم فيه كالخشب والقصب وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والاحاطة به ، ولا يتفاوت كثيراً فلا يمنع كالثياب المنسوجة من جنسين ، وقد يكون الريش طاهراً ، وإن كان نجساً لكن يصح بيعه فلم يمنع السلم فيه ، كنجاسة البغل والحمار (فصل) واختلفت الرواية في السلم في الحيوان ، فروى لا يصح السلم فيه . وهو قول الثوري وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعد بن جبير والشعبي والجوزجاني . لما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال « إن من الربا أبوا لا تحبى ، وإن منها السلم في السن ، ولأن الحيوان يختلف اختلافاً متبايناً فلا يمكن ضبطه ، وإن استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن — مثل أزج الحاجبين أو كحل العينين ، ألقى الانف أشم العرنين ، أهدب الاشفار ، ألمى الشفة بديع الصفة : تعذر تسليمه لتدرة وجوده على تلك الصفة .

وظاهر المذهب صحة السلم فيه ، نفس عليه في رواية الاثرم . قال ابن المنذر . ومن روينا عنه انه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد ابن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهري والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، وحكاها الجوزجاني عن عطاء والحكم ، لان أبا رافع قال : استسلف النبي صلى الله عليه وسلم من رجل بكراً ، رواه مسلم

وروى عبد الله بن عمرو بن العاص قال : أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبتاع البعير بالبعيرين وبالبصرة الى مجيء الصدقة ، وقد ذكرنا هذا الحديث في باب الربا ، ولانه ثبت في الزمة صدقاً ثبت في السلم كالتياب

فأما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف ، ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب خلل بنى فلان . قال الشعبي . انما كره ابن مسعود السلف في الحيوان لانهم اشتروا نتاج خلل معلوم . رواه سعيد . وقد روى عن علي أنه باع جماله يدعى عصبه يرأ بعشرين بعيراً الى أجل ، ولو ثبت قول عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضه قول من سمينا من وافقنا

(فصل)

واختلفت الرواية في غير الحيوان مما لا يكال ولا يوزن ولا يزرع ، فنقل اسحاق بن ابراهيم عن أحمد أنه قال : لا أرى السلم الا فيما يكال أو يوزن أو يوقف عليه . قال أبو الخطاب . معناه يوقف عليه بمقد معلوم لا يختلف كالزرع . فأما الرمان واليخنة فلا أرى السلم فيه . وحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق أنه لاخير في السلم في الرمان والسفرجل والبطيخ والقثاء والخيار لانه لا يكال ولا يوزن ومنه الصغير والكبير فعلى هذه الرواية لا يصح السلم في كل معدود يختلف كالذي سميناه وكالبقول لانه يختلف . ولا يمكن تقدير البقل بالحزم . لان الحزم يمكن في الصغير والكبير . فلم يصح السلم فيه كالجواهر . ونقل اسماعيل بن سعيد وابن منصور جواز السلم في القواكه والسفرجل والرمان والموز والخضروات ونحوها لان كثيراً من ذلك مما يتقارب وينضبض بالصغر والكبر . ومالا يتقارب ينضبض بالوزن كالبقول ونحوها . فصح السلم فيه كالمزروع . وهذا قال أبو حنيفة والشافعي والاوزاعي .

وحكى ابن المنذر عن الشافعى ، المنع من السلم فى البيض والجوز ، ولعل هذا قول آخر ، فىكون له فى ذلك قولان .

(فصل) فأما السلم فى الرموس والاطراف : فيخرج فى صحة السلم فيها الخلاف الذى ذكرنا . وللشافعى فيها قولان أيضاً كالروايتين :

أحدهما : يجوز : وهو قول مالك والاوزاعى وأبى ثور ، لانه لحم فيه عظم يجوز شراؤه ، فجاز السلم فيه كبقية اللحم .

والآخر : لا يجوز ، وهو قول أبى حنيفة لان أكثره العظام والمشافر واللحم فيه قليل وايس بموزون ، بخلاف اللحم ، فإن كان مطبوخا أو مشويا ، فقال الشافعى : لا يصح السلم فيه ، وهو قياس قول القاضى ، لانه يتناثر ويختلف ، وعلى قول غير القاضى من أصحابنا : حكم ما مسته النار من ذلك حكم غيره ، وبه قال مالك والاوزاعى وأبو ثور ، والعقد يقتضيه ، سليما من التناثر والعادة فى طبخه تتفاوت ، فأشبهه غيره .

(فصل) وفى الجلود من الخلاف مثل ما فى الرموس والاطراف ، وقال الشافعى لا يصح السلم فيها ، لأنها تختلف ، فالورك ثخين قوى ، والصدر ثخين رخو ، والبطن رقيق ضعيف ، والظهر أقوى : فيحتاج الى وصف كل موضع منه ، ولا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه .

ولنا أن التفاوت فى ذلك معلوم ، فلم يمنع صحة السلم فيه كالحبوان ، فإنه يشتمل على الرأس والجلد والاطراف واللحم والشحم وما فى البطن ، وكذلك الرأس يشتمل على لحم الخدين والاذنين والعينين ، ويختلف ذلك ، ولم يمنع صحة السلم فيه ، كذا هنا .

(فصل) وبصح السلم فى اللحم ، وبه قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة . لا يجوز لانه يختلف .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم : من أسلم فليسلم فى ككيل معلوم أو وزن معلوم ، وظاهره : إباحة السلم فى كل موزون ، ولاننا قد بينا جواز السلم فى الحبوان ، فاللحم أولى .

الشرط الثانى : أن يضبطه بصفاته التى يختلف الثمن بها ظاهراً ، فإن المسلم فيه

عوض في الذمة ، فلا بد من كونه معلوما بالوصف كالثمن ، ولأن العلم شرط في المبيع وطريقه : إما الرؤية وإما الوصف ، والرؤية متمنعة ههنا ، فيتعين الوصف والافصاف على ضربين : متفق على اشتراطها ، ويختلف فيها ، فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف : الجنس والنوع والجوده والرداءة ، فهذه لا بد منها في كل مسلم فيه ، ولانعلم بين أهل العلم خلافا في اشتراطها ، وبه يقول أبو حنيفة ومالك والشافعي والضرب الثاني : ما يختلف الثمن باختلافه عما عدا هذه الثلاثة الاوصاف ، وهذه تختلف باختلاف المسلم فيه ، ونذكرها عند ذكره ، وذكرها شرط في السلم عند إمامنا والشافعي ، وقال أبو حنيفة : يكفي ذكر الاوصاف الثلاثة ، لأنها تشمل على ماوراءها من الصفات .

ولنا أنه يبقى من الاوصاف من اللون والبلد ونحوهما ما يختلف الثمن والغرض لاجله ، فوجب ذكره كالنوع .

ولا يجب استقصاء كل الصفات لأن ذلك يتعذر ، وقد ينتهي المحال فيها الى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه ، إذ يعد وجود المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها فيجب الاكتفاء بالافصاف الظاهرة التي يختلف الثمن بها ظاهراً ، ولو استقصى الصفات حتى انتهى الى حال يندر وجود المسلم فيه بتلك الاوصاف بطل السلم ، لأن من شرط السلم أن يكون المسلم فيه عام الوجود عند المحل ، واستقصاء الصفات يمنع منه ، ولو شرط الوجود لم يصح أيضاً ، لانه لا يقدر على الوجود ، وان قدر عليه كان نادراً . وان شرط الارداً احتمل أن لا يصح لذلك ، واحتمل أن يصح ، لانه يقدر على تسليم ما هو خير منه ، فإنه لا يسلم شيئاً الا كان خيراً مما شرطه فلا يعجز إذاً عن تسليم ما يجب قبوله بخلاف التي قبلها ، ولو أسلم في جارية وابنتها لم يصح لأنه لا بد أن يضبط كل واحدة منهما بصفات ، ويتعذر وجود تلك الصفات في جارية وابنتها ، وكذلك إن أسلم في جارية وأختها أو عمته أو خالتها أو ابنة عمها لما ذكرنا ، ولو أسلم في نوب على صفة خرقة أحضرها لم يعجز ، لجواز أن تهلك الخرقة ، وهذا غرر ؛ ولا حاجة اليه فنع الصحة ، كما لو شرط مكياً لا بعينه أو صنجة بعينه .

(فصل) والجنس والجودة أو ما يقوم مقامها شرطان في كل مسلم فيه ، فلا حاجة إلى تكرير ذكرهما في كل مسلم فيه ، ويذكر ما سواهما ، فيصف التمر بأربعة أوصاف : النوع برني أو معقلى والبلد ، إن كان يختلف ، فيقول : بغدادى أو بصرى ، فإن البغدادى أحلى وأقل بقاء لعذوبة الماء والبصرى بخلاف ذلك ، والقدر : كبار أو صغار وحديث أو عتيق ، فإن أطلق العتيق فأب عتيق أعطى جاز ، مالم يكن مسوسا ولا حشفا ولا متغيرا ، وإن قال : عتيق عام أو عامين فهو على ما قال .

فأما اللون فإن كان النوع الواحد مختلفا ، كالطبرز يكون أحمر ، ويكون أسود ذكره والا فلا ، والرطب كالتمر في هذه الأوصاف إلا الحديث والعتيق ، ولا يأخذ من الرطب إلا ما أرطب كله ، ولا يأخذ منه مشدخا ولا قديما قارب أن يتمر ، وهكذا ما جرى مجراه من العنب والفواكه .

(فصل) ويصف البر بأربعة أوصاف . النوع ، فيقول : سبيطة أو سلبوني والبلد ، فيقول : حوراني أو بلقاوى أو سمالي ، وصغار الحب أو كباره ، وحديث أو عتيق ، وإن كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ، ولا يسلم فيه إلا مصفى ، وكذلك الحكم في الشعير والقطنيات وسائر الحبوب .

فصل في وصف العسل

فيصف العسل بثلاثة أوصاف : البلدي . فيجى أو نحوه ، ويجوز ذلك عن النوع ، والزمان : ربيعى أو خريفى أو صيفى ، واللون : أبيض أو أحمر ، وليس له إلا مصفى من الشمع .

(فصل) ولا بد في الحيوان كله من ذكر النوع والسن والذكورية والانوثية ويذكر اللون إن كان النوع الواحد يختلف ، ويرجع في سن الغلام إليه إن كان بالغاً : وإن كان صغيراً فالقول قول سيده ، وإن لم يعلم رجع في قوله إلى أهل الخبرة على ما يغلب على ظنهم تقريبا ، وإذا ذكر النوع في الرقيق وكان مختلفا مثل التركى . منهم المحكمى والحزرى ، فهل يحتاج إلى ذكره أو يكفي ذكر النوع ؟ يحتمل وجهين ، ولا يحتاج في الجارية إلى ذكر البكارة والثبوبة ، ولا الجمودة والسبوبة ، لأن ذلك لا يختلف به الثمن اختلافا ينافى ، ومثل ذلك لا يراعى

كما في صفات الحسن والملاحة ، فإن ذكر شيئاً من ذلك لزمه ، ويذكر الثبوبة والبركارة ، لأن اثنين يختلف بذلك ويتعلق به الغرض ، ويذكر القد : خماسي أو سداسي ، يعنى خمسة أشبار أو ستة أشبار ، قال أحمد . يقول خماسي سداسي أسود أبيض أعجمي أو فصيح

فأما الإبل فيضبطها بأربعة أوصاف . فيقول : من نتاج بني فلان ، والسن : بنت مخاض أو بنت لبون ، واللون : بيضاء أو حمراء أو ورقاء ، وذكر أو أنثى ، فإن كان نتاج يختلف فيه مهربة وأرجبية فهل يحتاج الى ضبط ذلك ؟ يحتمل وجهين وما زاد على هذه الأوصاف لا يفترق الى ذكره ، وإن ذكر بعضه كان تأكيداً ولزماً ، وأوصاف الخيل كأوصاف الإبل .

وأما البغال والحمر فلا نتاج لها فيجعل مكان ذلك نسبتها الى بلدها .
وأما البقر والغنم فإن عرف لها نتاج فهي كالإبل والا فهي كالحمر ، ولا بد من ذكر النوع في هذه الحيوانات ، فيقول في الإبل : بختية أو عراية ، وفي الخيل : عرية أو هجين أو برذون ، وفي الغنم : ضأن أو معز ، إلا الحمر والبغال فلا نوع فيهما .

(فصل)

ويذكر في اللحم السن والذكورية والانوثية والسمن والهزال ، وراعيا أو معلوفاً ، ونوع الحيوان وموضع اللحم منه ، ويزيد في الذكر فخلاً أو خصياً ، وإن كان من صيد لم يحتاج الى ذكر العلف والخصاء ، ويذكر الآلة التي يصاد بها من جارحة أو أحبولة .

وفي الجارحة يذكر صيد فهد أو كلب أو صقر ، فإن الأحبولة يؤخذ الصيد منها سليماً ، وصيد الكلب خير من صيد الفهد لكون الكلب أطيب الحيوان نكهة قيل : لهوونه مفتوح الفم في آثر الأوقات ، والصحيح إن شاء الله : أن هذا ليس بشرط ، لأن التفاوت فيه يسير ، ولا يكاد اثنين يتباين باختلافه ولا يعرفه إلا القليل من الناس ، وإذا لم يحتاج في الرقيق الى ذكر البركارة والثبوبة والسمن والهزال وأشباهاها بما يتباين بها اثنين وتختلف الرغبات بها ويعرفها الناس ، فهذا أولى ، ويلزم قبول اللحم بعظامه ، لأنه هكذا يقطع فهو كالنوى في العر ، وإن

كان السلم في لحم طير لم يحتاج الى ذكر الذكورية والانوثية الا أن يختلف بذلك كلحم الدجاج ، ولا الى ذكر موضع اللحم ، إلا أن يكون كثيراً يأخذ منه بعضه ولا يلزمه قبول الرأس والساقين ، لأنه لا لحم عليها .

وفي السمك يذكر النوع : بردي أو غيره والكبير والصغر ، والسمن والمزال والطري والمالح ، ولا يقبل الرأس والذنب ، وله ما بينهما ، وإن كان كثيراً يأخذ بعضه ذكر موضع اللحم منه .

(فصل)

ويضبط السمن بالنوع من ضأن أو معز أو بقر واللون أبيض أو أصفر ، قال القاضي : ويذكر المرعى ، ولا يحتاج الى ذكر حديث أو عتيق ، لأن إطلاقه يقتضى الحديث ، ولا يصح السلم في عتيقه ، لأنه عيب ، ولا ينتهى إلى حد يضبط به ؛ ويصفى الزبد بأوصاف السمن : يزيد : زبد يومه أو أمسه ، ولا يلزمه قبول متغير في السمن أو الزبد ولا رقيق ، إلا أن تكون رفته للحر ، ويصفى اللبن بالنوع والمرعى ، ولا يحتاج الى اللون ، ولا حلبة يومه ، لأن إطلاقه يقتضى ذلك ولا يلزمه قبول متغير ، قال أحمد : ويصح السلم في الخيض ، وقال الشافعي لا يصح السلم فيه لأن فيه ما ليس من مصلحته وهو الماء ، فصار المقصود بجعله لا ولنا أن الماء يسير ، يترك لأجل المصلحة جرت العادة به ، فلم يمنع صحة السلم فيه ، كالماء في الشيرج والمالح والأنفحة في الجبن : والماء في خل التمر ، ويصفى الجبن بالنوع والمرعى ورطب أو يابس ، ويصفى اللبأ بصفات اللبن ، ويزيد اللون ، ويذكر الطبخ أو ليس بمطبخ .

(فصول) وتضبط الثياب بستة أوصاف . النوع كتان أو قطن ، والبلد ، والطول والعرض والصفافة والرقعة والغلظ والدقة والنعومة والخشونة ، لا يذكر الوزن . فإن ذكره لم يصح لتعذر الجمع بين صفاته المشتركة . وكونه على وزن معلوم . فيكون فيه تغرير لتعذر اتفاهه . وإن ذكر خاماً أو مقصوراً فله ما شرط وإن لم يذكره جاز . وله خام . لأنه الاصل . وإن ذكر مغسولاً أو ليساً لم يجز لأن اللبس يختلف ولا ينضبط ، فإن أسلم في مصبوغ وكان مما يصبغ غزله جاز لأن ذلك من جملة صفات الثوب ، وإن كان مما يصبغ بعد نسجه لم يجز ، لأن

صبغ الثوب يمنع الوقوف على نعومته وخشونته ، ولأن الصبغ غير معلوم ، وإن أسلم في ثوب مختلف الغزول كقطن وإبريسم أو قطن وكتان أو صوف وكانت الغزول مضبوطة بأن يقول : السدى لإبريسم واللحمة كتان أو بنوه جاز ، ولهذا جاز السلم في الحز وهو من غزلين مختلفين ، وإن أسلم في ثوب موشى وكان الموشى من تمام نسجه جاز ، وإن كان زيادة لم يجوز لأنه لا ينضبط

(فصل)

ويصف غزل القطن والكتان بالبلد واللون والغلظ والدقة والنعومة والخشونة ويصف القطن بذلك ، ويعمل مكان الغلظ والدقة الطول والقصر ، وإن شرط في القطن من زرع الحب جاز ، وإن أطلق كان له بحبه كالتمر بنواه ، ويصف الإبريسم بالبلد واللون والغلظ والدقة ؛ ويصف الصوف بالبلد واللون والطول والقصر والزمان خريبي أو ربيعي ، لأن صوف الخريف أنظف .

قال القاضي ويصفه بالذكورية والأنوثة ؛ لأن صوف الإناث أنعم ، ويحتمل أن لا يحتاج إلى هذه الصفة ، لأن التفاوت في هذا يسير ، وعليه تسليمه نقياً من الشوك والبعر وإن لم يشتبه به ؛ وإن شرطه جاز وكان تأكيداً . والشعر والوبر كالصوف . ويصح السلم في الكاغد ، لأنه يمكن ضبطه ويصفه بالطول والعرض والدقة والغلظ واستواء الصنعة وما يختلف به الثمن

(فصل) ويضبط النحاس والرصاص والحديد بالنوع ، فيقول في الرصاص قلعي أو أسرب والنعومة والخشونة واللون إن كان يختلف ، ويزيد في الحديد ذكر أ أو أث ، فإن الذكر أحد وأمضى ، وإن أسلم في الأواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها ، كالاسطال القائمة الحيطان والطسوت جاز . ويضبطها بذلك كله ؛ وإن أسلم في قصاع وأقداح من الخشب جاز ، ويذكر نوع خشبها من جوز أو توت وقدرها في الصخر والكبر والعق والضيق والشخانة والرقعة وأي عمل . وإن أسلم في سيف ضبطه بنوع حديد وطوله وعرضه ورقته وغلظه وبلده وقديم الطبع أو محدث ، ماض أو غيره ويصف قبضته وجفنه

(فصل) والخشب على ضرب ، منه ما يراد البناء ، فيذكر نوعه وينسبه ورطوبته وطوله ودوره أو سمكه وعرضه ، ويلزمه أن يدفع إليه من طرفه إلى طرفه

بذلك العرض والدور ، فإن كان أحد طرفيه أغلظ عما وصف فقد زاده خيراً وإن كان أدق لم يلزمه قبوله ، وإن ذكر الوزن أو سمحاً جاز ، وإن لم يذكره جاز وله سمح خال من العقد ، لأن ذلك عيب ، وإن كان للقسي ذكر هذه الأوصاف وزاد : سهلياً أو جبلياً أو خروفاً أو فلقية ، فإن الجبلى أقوى من السهلى ، والخروط أقوى من الفلقية ، ويذكر فيما للوقود النقلة والليس والرطوبة والوزن ، ويذكر فيما للنصب النوع والغلط ، وسائر ما يحتاج الى معرفته ويخرجه من الجمالة . وإن أسلم في الشباب والنبل ضبطه بنوع جنسه وطوله وقصره ودقته ، غلظه ولونه ونصله وريشه .

(فصل) والحجارة منها ما هو للأرحية ، فيضبطها بالدور والثخانة والبلد والنوع إن كان يختلف ، ومنها ما هو البناء فيذكر النوع واللون والقدر والوزن ويذكر في حجارة الآنية اللون والنوع والقدر واللون والوزن ؛ ويصف البلور بأوصافه ويصف الآجر واللبن بموضع التربة واللون والدور والثخانة ، وإن أسلم في الجص والنورة ذكر اللون والوزن . ولا يقبل ما أصابه الماء فجف ولا ما قدم قدما يؤثر فيه . ويضبط التراب بمثل ذلك . ويقبل الطين الذي قد جف إن كان لا يتأثر بذلك .

(فصل) ويضبط العنبر بلونه والبلد . وإن شرط قطعة أو قطعتين جاز . وإن لم يشترط فله أن يعطيه صناراً أو كباراً . وقد قيل إن العنبر نبات يخلقه الله تعالى في جنبات البحر . ويضبط العود الهندي ببلده وما يعرف به . ويضبط المصطكي واللبن والغراء العربى وصمغ الشجر والمسك وسائر ما يجوز السلم فيه بما يختلف به .

« مسألة ، قال (إذا كان بكيل معلوم ، أو وزن معلوم ، أو عدد معلوم)

هذا الشرط الثالث . وهو معرفة مقدار المسام فيه بالكيل إن كان مكيلاً . وبالوزن إن كان موزوناً وبالعدد إن كان معدوداً . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم ، ولأنه عوض غير مشاهد يثبت في الذمة . فاشتراط معرفة قدره كائن . ولا نعلم في اعتبار معرفة المقدار خلافاً ، ويجب أن يقدره بمكيال أو أرطال معلومة عند

العامة . فإن قدره بإتاء معلوم أو صنعة مغينه غير معلومة لم يصح لأنه يملك فيتعذر معرفة قدر المسلم فيه . وهذا غرر لا يحتاج إليه العقد

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم في الطعام لا يجوز بقفيز لا يعلم عياره . ولا في ثوب بذرع فلان . لأن المعيار لو تلف أو مات فلان بطل السلم . منهم الثوري والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور . وإن عين مكيل رجل أو ميزانه وكانا معروفين عند العامة جاز ولم يخص بهما . وإن لم يعرفا لم يجوز

فصل

وإن أسلم فيما يكال وزنا أو فيما يوزن كيلا . فنقل الاشم أنه سأل أحمد عن السلم في التمر وزنا ؟ فقال لا الا كيلا . قلت ان الناس ههنا لا يعرفون السكيل . قال وإن كانوا لا يعرفون السكيل . فيحتمل هذا أنه لا يجوز في المكيل الا كيلا ولا في الموزون الا وزنا ، وهكذا ذكره القاضي وابن أبي موسى لأنه مبيع يشترط معرفة قدره فلم يجوز بغير ما هو مقدر به في الاصل كبيع الربويات بعضها ببعض ولأنه قدر المسلم بغير ما هو مقدر به في الاصل فلم يجوز . كما لو أسلم في المنذوع وزنا . ونقل المروذي عن أحمد أنه يجوز السلم في اللبن إذا كان كيلا أو وزنا . وهذا يدل على إباحة السلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا . لأن اللبن لا يخلو من كونه مكيلا أو موزونا . وقد أجاز السلم فيه بكل واحد منهما . وهذا قول الشافعي وابن المنذر

وقال مالك ذلك جائز إذا كان الناس يتبايعون التمر وزنا . وهذا أصح إن شاء الله تعالى . لأن الغرض معرفة قدره وخروجه من الجمالة وإمكان تسليمه من غير تنازع فبأى قدر قدره جاز ويفارق بيع الربويات . فإن التائل فيها في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا شرط ولا تعلم هذا الشرع إذا قدرها بغير مقدارها الاصل إذا ثبت هذا فإن الحبوب كلها مكيلة . وكذلك التمر والزبيب والفسق والبندق والملح ، قال القاضي : وكذلك الادهان . وقال في السمن واللبن والزبد يجوز السلم فيها كيلا ووزنا . ولا يسلم في اللبأ الا وزنا . لأنه يجمد عقيب حلبه فلا يتحقق السكيل فيه

(فصل . فإن كان السلم فيه مما لا يمكن وزنه بالميزان لثقله ، كالارحية والحجارة الكبار ، يوزن بالسفينة فتترك السفينة في الماء ثم يترك ذلك فيها فينظر الى أى موضع تغوص فيعلبه ، ثم يرفع ويترك مكانه رمل أو حجارة صغار الى أن يباخ الماء الموضع الذى كان بلغه ثم يوزن بميزان فا بلغ فهو زنة ذلك الشيء الذى أريد معرفة وزنه .

(فصل) ولا بد من تقدير المنزوع بالذرع بغير خلاف فعله ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز في الثياب بنزع معلوم .
(فصل)

وما عدا المكيل والموزون والحيران والمنزوع فعلى ضربين : معدود وغيره فالمعدود نوعان . أحدهما لا يتباين كثيراً ، كالجز والبيض ونحوهما فيسلم فيه عددا وهو قول أبى حنيفة وأوزاعي . وقال الشافعي : يسلم فيهما كيلا أو وزنا ، ولا يجوز عددا ، لأن ذلك يتباين ويختلف ، فلم يوز عدداً كالبطيخ ولنا أن التفاوت يسير ويذهب ذلك باشتراط الكبر أو الصغر أو الوسط فيذهب التفاوت ، وإن بقى شيء يسير عني عنه كسائر التفاوت في المكيل والموزون المعفو عنه ، ويفارق البطيخ فإنه ليس بمعدود والتفاوت فيه كثير لا ينضبط النوع الثاني : ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار ، فهذا حكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول ففيه وجهان

أحدهما يسلم فيه عددا وينضبطه بالصغر والكبر لأنه يباخ هكذا الثاني لا يسلم فيه إلا وزنا ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، لأنه لا يمكن تقديره بالعدد لأنه يختلف كثيراً ويتباين جدا ، ولا بالمكيل لأنه يتجافى في المكيال ، ولا يمكن تقدير البقول بالحزم لأنه يختلف ، ويمكن حزم الكبيرة والصغيرة فلم يمكن تقديره بغير الوزن فتعين تقديره به

« مسألة ، قال (الى أجل معلوم بالأهلة)

وهذا الشرط الرابع ، وهو أن يكون مؤجلا أجلا معلوماً ، وفي هذه المسألة فصول ثلاثة :

أحدها أنه يشترط لصحة السلم كونه مؤجلا ولا يصح السلم الحال . قال أحمد في رواية المروزي : لا يصح حتى يشترط الاجل . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي . وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر : يجوز السلم حالا لأنه عقد يصح مؤجلا فصحا حالا ، كبسوع الاعيان ، ولأنه إذا جاز مؤجلا فجلا أجاز ومن الغرر أبعد .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم » ، فأمر بالاجل وأمره يقتضي الوجوب ، ولأنه أمر بهذه الأمور تبيننا لشروط السلم ومنعنا منه بدونها ، وكذلك لا يصح إذا اتنى الكيل والوزن فكذلك الاجل ، ولأن السلم إنما جاز رخصة للرفق ، ولا يحصل الرفق إلا بالاجل ، فإذا اتنى الاجل اتنى الرفق ، فلا يصح كالكتابة ، ولأن الحلول يخرجها عن اسمه ومعناه . أما الاسم فلأنه يسمى سلفا وسلفا لتعجل أحد العوضين وتأخر الآخر ، ومعناه ما ذكرناه في أول الباب من أن الشارع أرخص فيه للحاجة الداعية إليه ، ومع حضور ما يبيعه حالا لا حاجة إلى السلم ، فلا يثبت ويفارق تنوع الاعيان إلتفاتها لم تثبت على خلاف الأصل لمعنى يختص بالتأجيل ، وما ذكره من التنبيه غير صحيح ، لأن ذلك إنما يجرى فيما إذا كان المعنى المقضى موجودا في الفرع بصفة التأكيد وليس كذلك هنا ، فإن البعد من الضرر ليس هو المقضى لصحة السلم المؤجل ، وإنما المصحح له شيء آخر لم تذكر اجتماعهما فيه وقد بينا افتراقهما

إذا ثبت هذا فإنه ان باعه ما يصح السلم فيه حالا في الذمة صح ، ومعناه معنى السلم ، وإنما افتراقا في اللفظ

الفصل الثاني : انه لا بد من كون الاجل معلوما ، لقوله تعالى (٢ - ٢٨٢) إذا تدابرتم بين إلى أجل مسمى) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « إلى أجل معلوم » ، ولا نعلم في اشتراط العلم في الجملة اختلافا . فأما كيفيته فإنه يحتاج أن يعلمه بزمان بعينه لا يختلف . ولا يصح أن يؤجله بالحصاد والجزاز وما أشبهه . وكذلك قال ابن عباس وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر

وعن أحمد رواية أخرى ، أنه قال : أرجو أن لا يكون به بأس ، وبه قال مالك وأبو ثور ، وعن ابن عمر « أنه كان يبتاع إلى العطاء » وبه قال ابن أبي ليلى ، وقال أحمد : إن كان شيء يعرف فأرجو ، وكذلك إن قال : إلى قدوم الغزاة وهذا محمول على أنه أراد وقت العطاء ، لأن ذلك معلوم ، فأما نفس العطاء فهو في نفسه مجهول يختلف ويتقدم ويتأخر ، ويحتمل أنه أراد نفس العطاء لكونه يتفاوت أيضاً ، فأشبهه الحصاد ، واحتج من أجاز ذلك : بأنه أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة لا يتفاوت فيه تفاوتاً كثيراً ، فأشبهه إذا قال : إلى رأس السنة .

ولنا ما روى عن ابن عباس أنه قال « لا تتبايعوا إلى الحصاد » والدياس ، ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم ، ولأن ذلك يختلف ويقرب ويبعد ، فلا يجوز أن يكون أجلاً كقدوم زيد .

فإن قيل : فقد روى عن عائشة أنها قالت « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث إلى يهودي : أن ابعت إلى شوبين إلى الميسرة » .

قلنا : قال ابن المنذر . رواه حرمي بن عمار قال أحمد : فيه غفلة وهو صدوق قال ابن المنذر : فأخاف أن يكون من غفلاته : إذ لم يتابع عليه ، ثم لا خلاف في أنه لو جعل الأجل إلى الميسرة لم يصح .

فصل في

إذا جعل الأجل إلى شهر تعلق بأوله ، وإن جعل الأجل أسماً يتناول شيتين كجمادى وريبع ويوم النفر تعلق بأولهما ، وإن قال : إلى ثلاثة أشهر كان إلى انقضاءها ، لأنه إذا ذكر ثلاثة أشهر مبهمة وجب أن يكون ابتداءها من حين لفظه بها ، وكذلك لو قال : إلى شهر كان إلى آخره ، وينصرف ذلك إلى الأشهر الهلالية ، بدليل قوله تعالى (٩ : ٣٦) إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله يوم خلق السموات والأرض ، منها أربعة حرم) وأراد الهلالية ، وإن كان في أثناء شهر كلنا شهرين بالهلال وشهراً بالعدد ثلاثين يوماً ، وقيل : تكون الثلاثة كلها عددية ، وقد ذكرنا هذا في غير هذا الموضع ، وإن قال : محله شهر كذا أو يوم كذا ، صح وتعلق بأوله ، وقيل : لا يصح . لأنه جعل ذلك ظرفاً

فيحتمل أوله وآخره ، والصحيح الأول . فإنه لو قال لإمرأته : أنت طالق في شهر كذا تعلق بأوله ، وهو نظير مسألتنا .

فإن قيل : الطلاق يتعلق بالإخطار والاعتراف ، ويجوز تعليقه على مجهول ، كنزول المطر وقدم زيد بخلاف مسألتنا .

قلنا : إلا أنه إذا جعل محله في شهر تعلق بأوله فلا يكون مجهولاً وكذا السلم

(فصل)

ومن شرط الاجل : أن يكون مدة لها وقع في الثمن كالشهر وما قاربه ، وقال أصحاب أبي حنيفة ، لو قدره بنصف يوم جاز ، وقدره بعضهم بثلاثة أيام ، وهو قول الأوزاعي ، لأنها مدة يجوز فيها خييار الشرط ، ولأنها آخر حد القلة ، ويتعلق بها عندهم بإباحة رخص السفر ، وقال الآخرون . إنما اعتبر التأجيل ؛ لأن المسلم فيه معدوم في الأصل لسكون السلم إنما ثبت رخصة في حق المفاليس ، فلا بد من الاجل ليحصل ويسلم ، وهذا يتحقق بأقل مدة يتصور تحصيله فيها .

ولنا أن الاجل إنما اعتبر ليتحقق المرفق الذي شرع من أجله السلم ، ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن ، ولا يصح اعتباره بمدة الخيار ، لأن الخيار يجوز ساعة ، وهذا لا يجوز ، والاجل يجوز أن يكون أعواماً ، وهم لا يجوزون الخيار أكثر من ثلاث ، وكونها آخر حد القلة لا يقتضي التقدير بها ، وقولهم أن المقصود يحصل بأقل مدة : غير صحيح . فإن السلم إنما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم ثمار أو زروع أو تجارات ينتظرون حصولها ، ولا تحصل هذه في المدة اليسيرة .

الفصل الثالث . في كون الاجل معلوماً بالاهلة ، وهو أن يسلم إلى وقت يعلم بالهلال ، نحو أول الشهر ، أو أوسطه ، أو آخره ، أو يوم معلوم منه ، لقول الله تعالى (٢ . ٩ . ١٠) يسألونك عن الاهلة قل هي مواعيت للناس والحج) ولا خلاف في صحة التأجيل بذلك ، ولو أسلم إلى عيد الفطر ، أو النحر ، أو يوم عرفة ، أو عاشوراء أو نحوها جاز ، لأنه معلوم بالاهلة ، وإن جعل الأجل مقدراً بغير الشهور الهلالية فذلك قسمان .

أحدهما : ما يعرفه المسلمون ؛ وهو بينهم مشهور ككانون وشباط ، أو عيد

لا يختلف كالنبروز والمهرجان عند من يعرفهما : فظاهر كلام الخرق وابن أبي موسى : أنه لا يصح ، لأنه أسلم الى غير الشهور الهلالية ، أشبه إذا أسلم الى الشعانين وعيد الفطير ، ولأن هذه لا يعرفها كثير من المسلمين ، أشبه ما ذكرنا وقال القاضي : يصح ، وهو قول الأوزاعي والشافعي ، قال الأوزاعي : إذا أسلم الى فصيح النصارى وصومهم جاز ، لأنه معلوم لا يختلف ، أشبه أعياد المسلمين ، وفارق ما يختلف فإنه لا يعلمه المسلمون .

القسم الثاني : مالا يعرفه المسلمون ، كعيد الشعانين وعيد الفطير ونحوهما ، فهذا لا يجوز السلم إليه ، لأن المسلمين لا يعرفونه ، ولا يجوز تقليد أهل الذمة فيه ، لأن قولهم غير مقبول ، ولأنهم يقدمونه ويؤخرونه على حساب لهم لا يعرفه المسلمون ، وإن أسلم الى مالا يختلف مثل كانون الأول^(١) ولا يعرفه المتعاقدان أو أحدهما لم يصح ، لأنه مجهول عنده .

مسألة ، قال (موجوداً عند محله)

هذا الشرط الخامس ، وهو كون المسلم فيه عام الوجود في محله ، ولا نعلم فيه خلافاً ، وذلك لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب تسليمه وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجوداً عند المحل بحكم الظاهر ، فلم يمكن تسليمه : فلم يصح بيعه ، كبيع الأبق بل أولى ، فإن السلم احتل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتل فيه غرر آخر ، لئلا يكثّر الغرر فيه : فلا يجوز أن يسلم في العنب والرطب الى شباط أو آذار ، ولا الى محل لا يعلم وجوده فيه ، كزمان أول العنب أو آخره الذي لا يوجد فيه إلا نادراً ، فلا يؤمن انقطاعه .

(فصل) ولا يجوز أن يسلم في ثمرة بستان بعينه ، ولا قرية صغيرة ، لكونه لا يؤمن تلفه وانقطاعه ، قال ابن المنذر : إبطال السلم إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالاجماع من أهل العلم ، وعن حفظنا عنه ذلك : الثوري ومالك والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق .

قال : وروينا عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه أسلف إليه رجل من اليهود

(١) كانون الاول اسم شهر معروف بالبلاد الشامية وهو يقابل ديسمبر .

دنانير في تمر مسمى . فقال اليهودي : من تمر حائط بني فلان . فقال النبي (ص) : أما من حائط بني فلان فلا . ولكن كيل مسمى الى أجل مسمى ، رواه ابن ماجه وغيره ، ورواه أبو إسحاق الجوزجاني في المترجم ، وقال : أجمع الناس على الكراهة لهذا البيع ، ولأنه إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه لم يؤمن انقطاعه وتلفه ، فلم يصح ، كما لو أسلم في شيء قدره بمكيال معين ، أو صنعة معينة ، أو أحضر خرقة وقال : أسلمت إليك في مثل هذه .

(فصل)

ولا يشترط كون المسلم فيه موجوداً حال السلم بل يجوز أن يسلم في الرطب في أو ان الشتاء ، وفي كل يوم معدوم إذا كان موجوداً في المحل ، وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وقال الثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي لا يجوز حتى يكون جنسه موجوداً حال العقد الى حين المحل ، لأن كل زمن يجوز أن يكون محلاً للمسلم فيه لموت المسلم إليه ، فاعتبر وجوده فيه كالمحل .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين ، فقال : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ، أو وزن معلوم ، وأجل معلوم » ولم يذكر الوجود ، ولو كان شرطاً لذكره وإنهاهم عن السلف سنتين ، لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة ، ولأنه ثبت في الذمة ويوجد في محله غالباً ، فجاز السلم فيه كالموجود ، ولأنسلم أن الدين يحل بالموت ، وإن سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود ، إذ لو لم أفضى الى أن تكون آجال السلم بمجولة ، والمحل ما جعله المتعاقدان محلاً ، وههنا لم يجعله .

فصل : إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند المحل أما لغيبه المسلم إليه أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه ، أو لم تحمل الثمار تلك السنة ، فالمسلم بالخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد فيطالب به ، وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن إن كان موجوداً أو بمثله إن كان مثلياً ، والا قيمته .

وبه قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وفيه وجه آخر : أنه يفسخ العقد بنفس التعذر ، لكون المسلم فيه من ثمرة العام ، بدليل وجوب التسليم منها فإذا هلكت انفسخ العقد ، كما لو باعه قعيزاً من صبرة فهلكت ، والاول الصحيح

فإن العقد قد صح ، وإنما تعذر التسليم فهو كما لو اشترى عبدا فأبقر قبل القبض ، ولا يصح دعوى التعيين في هذا العام ، فإنهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غيرها جاز ، وإنما أجبر على دفعه من ثمرة العام لتكثفه من دفع ما هو بصفة حقه ولذلك يجب عليه الدفع من ثمرة نفسه إذا وجدها ولم يجد غيرها . وليست متعينة وإن تعذر البعض فللمشتري الخيار بين الفسخ في الكل والرجوع بالثمن ، وبين أن يصبر الى حين الامكان ويطالب بحقه ، فإن أحب الفسخ في المفقود دون الموجود فله ذلك ، لأن الفساد طرأ بعد صحة العقد ، فلا يوجب الفساد في الكل كما لو باعه صبرتين فتلقت احدهما .

وفيه وجه آخر : ليس له الفسخ الا في الكل أو يصبر على ما ذكرنا من الخلاف في الاقالة في بعض المسلم فيه .

وان قلنا . ان الفسخ يثبت بنفس التعذر انفسخ في المفقود دون الموجود لما ذكرنا من أن الفساد الطارئ على بعض المفقود عليه لا يوجب فساد الجميع ، ويثبت للمشتري خيار الفسخ في الموجود ، كما ذكرنا في الوجه الاول .

فصل

إذا أسلم نصراني الى نصراني في خمر ثم أسلم أحدهما ، فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المسلم بأخذ دراهمه : كذلك قال الثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي . وبه نقول . لأنه إن كان المسلم المسلم فليس له استيفاء الخمر ، فقد تعذر استيفاء المفقود عليه ، وإن كان المسلم إليه فقد تعذر عليه إيفائها ، فصار الأمر الى رأس ماله .

« مسألة » قال (ويقبض الثمن كاملا وقت السلم قبل التفرق)

هذا الشرط السادس : وهو أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد : فإن تفرقا قبل ذلك بطل العقد ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك : يجوز أن يتأخر قبضه يومين وثلاثة وأكثر ، ما لم يكن ذلك شرطا ، لأنه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلبا ؛ فأشبه ما لو تأخر الى آخر المجلس . ولنا أنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق ، فلا يجوز

التفرق فيه قبل القبض كالصرف ، ويفارق المجلس ما بعده بدليل الصرف ، وإن قبض بعده ثم تفرقا ، فكلام الخرق يقتضى أن لا يصح لقوله «كامل» . وحكى ذلك عن ابن شبرمة والثوري .

وقال أبو الخطاب : هل يصح في غير المقبوض ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفة . وهذا الذى يقتضيه مذهب الشافعى . وقد نص أحمد فى رواية ابن منصور إذا أسلم ثلاثمائة درهم فى أصناف شتى : مائة فى حنطة ومائة فى شعير ومائة فى شئ آخر ، فخرج فيها زيوف ، رد على الأصناف الثلاثة على كل صنف بقدر ما وجد من الزيوف ، فصح العقد فى الباقي بحصته من الثمن

وقال الشريف أبو جعفر فيمن أسلم ألفاً الى رجل فقبضه نصفه وأحاله بنصفه أو كان له دين على المسلم اليه بقدر نصفه فحسبه عليه من الألف فإنه يصح السلم فى النصف المقبوض ويبطل فى الباقي ، فأبطل السلم فيما لم يقبض وصححه فيما قبض . وحكى عن أبى حنيفة أنه قال : يبطل فى الحوالة فى الكل . وفى المسألة الأخرى يبطل فيما لم يقبض ويصح فيما قبض بقسطه بناء على تفريق الصفة

(فصل)

وان قبض الثمن فوجده رديئاً فرده والثمن معين بطل العقد برده ويبتدئان عقداً آخر ان أحبا ، وان كان فى الذمة فله إبداله فى المجلس ولا يبطل العقد برده لأن العقد انما وقع على ثمن سليم ، فإذا دفع اليه ما ليس بسليم كان له المطالبة بالسليم ولا يؤثر قبض المعيب فى العقد ، وان تفرقا ثم علم عيبه فرده فقيه وجهان أحدهما يبطل العقد برده ، لوقوع القبض بعد التفرق ، ولا يجوز ذلك فى السلم والثانى لا يبطل لأن القبض الاول كان صحيحاً ، بدليل ما لو أمسكه ولم يرده وهذا يدل على المقبوض . وهذا قول أبى يوسف ويحمد ، وهو أحد قولى الشافعى واختيار المزنى ، لكن من شرطه أن يقبض البديل فى مجلس الرد ، فإن تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البديل لم يصح وجهاً واحداً لخلو العقد عن قبض الثمن بعد تفرقهما ، وان وجد بعض الثمن رديئاً فرده فعلى المردود التفصيل الذى ذكرناه ، وهل يصح فى غير الردى إذا قلنا بفساده فى الردى ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفة .

(فصل) وإن خرجت الدراهم مستحقة والثمن معين لم يصح العقد . قال أحمد :
إذا خرجت الدراهم مسروقة فليس بينهما بيع ، وذلك لأن الثمن إذا كان معيناً
فقد اشترى بعين مال غيره بغير إذنه ، وإن كان غير معين فله المطالبة بيده في
المجلس ، وإن قبضه ثم تفرقا بطل العقد ؛ لأن المقبوض لا يصلح عوضاً فقد تفرقا
قبل أخذ الثمن ، إلا على الرواية التي تقول بصحة تصرف الفضولي ؛ وإن وجد
بعضه مستحقاً بطل في ذلك البعض ، وفي الباقي وجهان بناء على تفريق الصفقة

(فصل)

إذا كان له في ذمة رجل دينار فجعله سلباً في طعام إلى أجل لم يصح . قال ابن
المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، منهم مالك والأوزاعي
والثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي . وعن ابن عمر أنه قال لا يصح
ذلك ، وذلك لأن المسلم فيه دين ، فإذا جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح
ذلك بالإجماع ، ولو قال أسلمت إليك مائة درهم في كسر طعام وشرطاً أن يعجل له
منها خمسين وخمسين إلى أجل لم يصح العقد في الكل على قول الحرقى ويخرج في
صحته في قدر المقبوض وجهان بناء على تفريق الصفقة

أحدهما يصح ، وهو قول أبي حنيفة ، والثاني لا يصح ، وهو قول الشافعي
وهو أصح ، لأن للعجل فضلاً على المؤجل فيقتضي أن يكون في مقابلته أكثر مما
في مقابلة المؤجل ، والزيادة مجعولة فلا يصح

د مسألة ، قال ومتى عدم شيء من هذه الأوصاف بطل (

وجملة ذلك أن هذه الأوصاف الستة التي ذكرناها لا يصح السلم إلا بها ، وقد
دللنا على ذلك ، واختلفت الرواية في شرطين آخرين :

أحدهما معرفة صفة الثمن المعين ولا خلاف في اشتراط معرفة صفته إذا كان
في الذمة لأنه أحد عوضي السلم ، فإذا لم يكن معيناً اشترط معرفة صفته كالمسلم فيه
إلا أنه إذا أطلق وفي البلد نقد معين انصرف الإطلاق إليه وقام مقام وصفه ، فأما
أن كان الثمن معيناً ، فقال القاضي وأبو الخطاب لا بد من معرفة وصفه ، واحتجوا

بقول أحد : يقول أسلمت اليك كذا وكذا درهما ويصف الثمن ، فاعتبر ضبط صفته ، وهذا قول مالك وأبي حنيفة لانه عقد لا يملك إتمامه في الحال ، ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن انفساخه ، فوجب معرفة رأس المسلم فيه ، ليورد بدله كالقرض والشركة ، ولانه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقا فينفسخ العقد في قدره ، فلا يدري في كم بقي وكم انفسخ ؟

فإن قيل هذا موهوم والموهومات لا تعتبر

قلنا التوهم معتبر ههنا ، لأن الأصل عدم الجواز ، وإنما جاز إذا وقع الأمن من الغرر ، ولم يوجد ههنا ؛ بدليل ما إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قدر المسلم فيه بصنعة أو مكيال معين فإنه لا يصح وظاهر كلام الخرق أنه لا يشترط لأنه ذكر شرائط السلم ولم يذكره ، وهو أحد قول الشافعي ، لأنه عوض مشاهد فلم يحتاج الى معرفة قدره كبيع الاعيان ، وكلام أحمد إنما تناول غير العين ، ولا خلاف في اعتبار أوصافه ، ودليلهم ينتقض بعقد الإجارة ، وأنه بنفسه يتلف الغين المستأجرة ولا يحتاج مع اليقين الى معرفة الاوصاف ، ولأن رد مثل الثمن إنما يستحق عند فسخ العقد لا من جهة عقده وجهالة ذلك لا تؤثر ، كما لو باع المسكيل أو الموزون ، ولأن العقد تمت شرائطه فلا يبطل بأمر موهوم ، فعلى القول الذي يعتبر صفاته لا يجوز أن يجعل رأس مال السلم مالا يمكن ضبط صفاته كالجواهر وسائر مالا يجوز السلم فيه ، فإن جعله سلبا بطل العقد ويجب رده إن كان موجودا وقيمته إن عرفت إذا كان معدوما ، فإن اختلفا فالقول قول المسلم اليه لأنه غارم وهكذا إن حكنا بصحة العقد ثم انفسخ ، وإن اختلفا في المسلم فيه ، فقال أحدهما في مائة مدى حنطة وقال الآخر في مائة مدى شعير تحالفا وتفاسخا وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي كما لو اختلفا في ثمن المبيع (فصل)

وكل ما لين حرم النساء فيها لا يجوز اسلام أحدهما في الآخر ، لان السلم من شرطه النساء والتأجيل ، والخرق منع بيع العروض بعضها ببعض نساء ، فعلى قوله لا يجوز اسلام بعضها في بعض . وقال ابن أبي موسى : لا يجوز أن يكون رأس مال السلم الا عينا أو ورقا . وقال القاضي : وهو ظاهر كلام أحمد ههنا ،

قال ابن المنذر: قيل لاحد يسلم ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن؟ فلم يعجبه وعلى هذا لا يجوز أن يكون المسلم فيه ثمناً، وهو قول أبي حنيفة لأنها لا تثبت في الذمة إلا ثمناً فلا تكون مثمنة، وعلى الرواية التي تقول يجوز للنساء في العروض يجوز أن يكون رأس مال السلم عرضاً كالثمن سواء، ويجوز إسلامها في الأثمان. قال الشريف أبو جعفر: يجوز السلم في الدراهم والدنانير، وهذا مذهب مالك والشافعي، لأنها تثبت في الذمة صداقاً، فثبت سلباً كالعروض؛ ولأنه لا ربا بينهما من حيث التفاضل ولا النساء فصح إسلام أحدهما في الآخر كالعرض في العرض، ولا يصح ما قاله أبو حنيفة، فإنه لو باع دراهم بدنانير صح ولا بد أن يكون أحدهما مثمناً فعلى هذا إذا أسلم عرضاً في عرض موصوف بصفاته فجاءه عند الحلول بذلك العرض بعينه لزمه قبوله على أحد الوجهين، لأنه أتاه بالمسلم فيه على صفته فلزمه قبوله كما لو كان غيره.

والثاني لا يلزمه لأنه يفضى إلى كون الثمن هو المثل، ومن نصر الأول قال هذا لا يصح، لأن الثمن إنما هو في الذمة وهذا عوض عنه، وهكذا لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة، فحل المحل وهي على صفة المسلم فيه، فأحضرها فعلى احتمالين أيضاً.

أحدهما لا يصح، لما ذكرنا، ولأنه يفضى إلى أن يكون قد استمتع بها وردها خالية عن عقر.

والثاني يجوز لأنه أحضر المسلم فيه على صفته ويبطل الأول بما إذا وجد بها عيباً فردها، واختلف أصحاب الشافعي في هاتين المسألتين على هذين الوجهين، وإن فعل ذلك حيلة لينتفع بالعين أو ليطلب الجارية ثم يردّها بغير عوض لم يجز وجهاً واحداً لأن الحيل كلها باطلة.

الشرط الثاني. اختلف فيه تعيين مكان الإيفاء. قال القاضي ليس بشرط، وحكاه ابن المنذر عن أحمد وإسحاق وطائفة من أهل الحديث. وبه قال أبو يوسف ومحمد. وهو أحد قول الشافعي، لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» ولم يذكر مكان الإيفاء. فدل على أنه لا يشترط. وفي الحديث الذي فيه «أن اليهودى أسلم إلى النبي صلى الله عليه وسلم

فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما من حائط بنى فلان فلا . ولكن كبل مسمى الى أجل مسمى ، ولم يذكر مكان الإيفاء . ولأنه عقد معاوضة فلا يشترط فيه ذكر مكان الإيفاء كبيع الأعيان

وقال الثوري يشترط ذكر مكان الإيفاء ، وهو القول الثاني للشافعي ، وقال الأوزاعي هو مكروه ، لأن القبض يجب بحلوله ولا يعلم موضعه حينئذ فيجب شرطه لئلا يكون مجهولا .

وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي . ان كان الحله مؤنة وجب شرطه . وإلا فلا يجب ، لانه اذا كان الحله مؤنة اختلف فيه الغرض بخلاف مالا مؤنة فيه وقال ابن أبي موسى : ان كانا في برية لزم ذكر مكان الإيفاء ، وان لم يكونا في برية فذكر مكان الإيفاء حسن ، وان لم يذكره كان الإيفاء في مكان العقد لأنه متى كانا في برية لم يمكن التسليم في مكان العقد . فإذا ترك ذكره كان مجهولا ، وان لم يكونا في برية اقتضى العقد التسليم في مكانه ، فاكفى بذلك عن ذكره ، فإن ذكره كان تأكيدا فكان حسنا . فان شرط الإيفاء في مكان سواه صح لانه عقد يسهل ، فصح شرط ذكر الإيفاء في غير مكانه كبيع الأعيان ، ولأنه شرط ذكر مكان الإيفاء فصح ، كما لو ذكره في مكان العقد

وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى أنه لا يصح ، لانه شرط خلاف ما اقتضاه العقد . لان العقد يقتضي الإيفاء في مكانه

وقال القاضي وأبو الخطاب متى ذكر مكان الإيفاء فيه روايتان ، سواء شرطه في مكان العقد أو في غيره لان فيه غررا لانه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان ، فأشبه تعيين المكيال ، واختاره أبو بكر وهذا لا يصح ، فان في تعيين المكان غرضا ومصلحة لهما فأشبه تعيين الزمان ، وما ذكروه من احتمال تعذر التسليم فيه يبطل بتعيين الزمان ، ثم لا يخلو اما أن يكون مقتضى العقد التسليم في مكانه . فإذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد أو لا يكون ذلك مقتضى العقد فيتعين ذكر مكان الإيفاء نفيا للجمالة عنه وقطعا للتنازع . فالغرض في تركه لا في ذكره . وفارق تعيين المكيال فانه لا حاجة اليه ويفوت به علم المقدار المشترط لصحة العقد ويفضى الى التنازع . وفي مسائلنا لا يفوت به شرط ويقطع التنازع ، فالغنى المانع من

التقدير بمكيال بعينه مجهول هو المقتضى لشرط مكان الايفاء ، فكيف يصح قياسهم عليه ؟

« مسألة ، قال (ويبيع المسلم فيه من بائعه أو من غيره قبل قبضه فاسد ، وكذلك الشركة فيه ، والتولية والحوالة به ، طعاما كان أو غيره)

أما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في تحريمه خلافا ، وقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه ، وعن ربيع ما لم يضمن ، ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يجوز بيعه كالطعام قبل قبضه .

وأما الشركة فيه والتولية فلا تجوز أيضاً لأنها بيع على ما ذكرنا من قبل ، وبهذا قال أكثر أهل العلم ، وحكى عن مالك جواز الشركة والتولية ، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهي عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص في الشركة والتولية » .

ولنا أنها معاوضة في المسلم فيه قبل القبض فلم يجوز كما لو كانت بلفظ البيع ، ولأنها نوعا بيع فلم يجوز في السلم قبل قبضه كالنوع الآخر ، والخبر لا نعرفه ، وهو حجة لنا لأنه نهي عن بيع الطعام قبل قبضه والشركة والتولية بيع ، فيدخلان في النهي ، ويحمل قوله « وأرخص في الشركة والتولية » ، على أنه أرخص فيها في الجملة لا في هذا الموضع .

وأما الاقالة : فإنها فسخ وليست بيعاً :

وأما الحوالة به فغير جائزة ، لأن الحوالة إنما تجوز على دين مستقر والسلم بعرض الفسخ فليس بمستقر ، ولأنه نقل للبك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يجوز كالبيع ، ومعنى الحوالة به : أن يكون لرجل طعام من سلم وعليه مثله من قرض أو سلم آخر أو بيع ، فيحيل بما عليه من الطعام على الذي له عنده السلم فلا يجوز ، وإن أحال المسلم إليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح أيضاً ، لأنه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فلم يجوز كالبيع .

وأما بيع المسلم فيه من بائعه فهو أن يأخذ غير ما أسلم فيه عوضا عن المسلم فيه ، فهذا حرام ، سواء كان المسلم فيه موجوداً أو معدوماً ، سواء كان العرض

مثل المسلم فيه في القيمة أو أقل أو أكثر ، وهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى فيمن أسلم في بر ، فعدمه عند المحل ، فرضى المسلم بأخذ الشعير مكان البر : جاز ، ولم يجوز أكثر من ذلك : وهذا يحمل على الرواية التي فيها أن البر والشعير جنس واحد ، والصحيح في المذهب خلافه وقال مالك : يجوز أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه يتعجله ولا يؤخره ، إلا الطعام .
قال ابن المنذر : وقد ثبت أن ابن عباس قال : إذا أسلم في شيء إلى أجل فإن أخذت ما أسلفت فيه وإلا أخذ عوضاً أنقص منه ، ولا تريخ مرتين ، رواه سعيد في سننه .

وأما قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » رواه أبو داود وابن ماجه ، ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع فلم يجوز كبيعه من غيره ، فأما إن أعطاه من جنس ما أسلم فيه خيراً منه أو دونه في الصفات جاز لأن ذلك ليس ببيع ، إنما هو قضاء للحق مع تفضل من أحدهما .

(فصل فأما الاقالة في المسلم فيه فجازة لأنها فسخ ، قال ابن المنذر : أجمع أهل من تحفظ عنه من أهل العلم على أن الاقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة لأن الاقالة فسخ للعقد ورفع له من أصله وليست بيعاً ، قال القاضي : ولو قال : لى عندك هذا الطعام صالحني منه على ثمنه جاز وكانت إقالة صحيحة ، فأما الاقالة في بعض المسلم فيه ، فاختلف عن أحمد فيها ، فروى عنه : أنها لا تجوز ، ورويت كراهتها عن ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين والنخعي وسعيد بن جبير وربيعه وابن أبي ليلى وإسحاق ، وروى حنبل عن أحمد أنه قال : لا بأس بها ، وروى ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومحمد بن علي وحמיד بن عبد الرحمن وعمرو ابن دينار والحكم والثوري والشافعي والنعمان وأصحابه وابن المنذر ، ولأن الاقالة مندوب إليها ، وكل معروف جاز في الجميع جاز في البعض ، كالإبراء والانظار .
ووجه الرواية الأولى : أن السلف في الغالب يزداد فيه في الثمن من أجل التأجيل فإذا أقاله في البعض بقى البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي حصلت الاقالة فيه فلم يجوز ، كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد ويخرج عليه الإبراء والانظار فإنه لا يتعلق به شيء من ذلك .

(فصل إذا أقاله رد الثمن إن كان باقياً ، أو مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن لم يكن مثلياً فإن أراد أن يعطيه عوضاً عنه ، فقال الشريف أبو جعفر : ليس له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه ، وبه قال أبو حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » ، ولأن هذا مضمون على المسلم إليه بعقد السلم فلم يجوز التصرف فيه قبل قبضه كما لو كان في يد المشتري ، وقال القاضي أبو يعلى : يجوز أخذ العوض عنه ، وهو قول الشافعي : لأنه عوض مستقر في الذمة ، فجاز أخذ العوض عنه كما لو كان قرضاً ، ولأنه مال عاد إليه بفسخ العقد ؛ فجاز أخذ العوض عنه كالثمن في المبيع إذا فسخ ، والمسلم فيه مضمون بالعقد ، وهذا مضمون بعد فسخه ، والخبر أراد به المسلم فيه فلم يتناول هذا فإن قلنا بهذا لحكمه حكم ما لو كان قرضاً أو ثمناً في بيع الأعيان لا يجوز جعله سلماً في شيء آخر ، لأنه يكون بيع دين بدين ، ويجوز فيه ما يجوز في القرض وأثمان البياعات إذا فسخت .

« مسألة ، قال (وإذا أسلم في جنسين ثمن واحد لم يجوز ، حتى يبين ثمن كل جنس) »

صورة ذلك أن يسلم ديناراً واحداً في قفيز حنطة وقفيز شعير ، ولا يبين ثمن الحنطة من الدينار ، ولا ثمن الشعير ، فلا يصح ذلك ، وجوزه مالك ، وللشافعي قولان كالمذهبين ، واحتجوا بأن كل عقد جاز على جنسين في عقدين جاز عليهما في عقد واحد ، كببيع الأعيان ، وكما لو بين ثمن أحدهما .

ولنا أن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح ، كما لو عقد عليه مفرداً بشمن مجهول ولأن فيه غرراً لأننا لا نأمن الفسخ بتعذر أحدهما ، فلا يعرف بم يرجع ؟ وهذا غرر أثر مثله في السلم ، وبمثل هذا عللنا معرفة صفة الثمن وقدره ، وقد ذكرنا ثم وجهاً آخر : أنه لا يشترط فيخرج ههنا مثله لأنه في معناه ولأنه لما جاز أن يسلم في شيء واحد إلى أجلين ولا يبين ثمن كل واحد منهما ، كذا ههنا ؛ قال ابن أبي موسى : ولا يجوز أن يسلم خمسة دنانير وخمسين درهماً في كر حنطة حتى يبين حصة ما لكل واحد منهما من الثمن ، والاولى صحة هذا لأنه إذا تعذر

بعض المسلم فيه رجع بقسطه منها ، أن تعذر النصف رجع بنصفها ، وأن تعذر الخمس رجع : ١٠ دينار وعشرة دراهم .

« مسألة ، قال (وإذا أسلم في شيء واحد على أن يقبضه في أوقات متفرقة أجزاء معلومة فجائز) .

قال الاثرم : قلت لأبي عبد الله : الرجل يدفع الى الرجل الدراهم في الشيء يؤكل ، فيأخذ منه كل يوم من تلك السلعة شيئا ، فقال : على معنى السلم إذا ؟ فقلت : نعم ، قال : لا بأس . ثم قال : مثل الرجل القصاب يعطيه الدينار على أن يأخذ منه كل يوم رطلا من لحم قد وصفه ، وهذا قال مالك ، وقال الشافعي : إذا أسلم في جنس واحد الى أجلين ففيه قولان : أحدهما : لا يصح . لأن ما يقابل أبعدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر ، وذلك مجهول فلم يجوز .

ولنا أن كل بيع جاز في أجل واحد جاز في أجلين وآجال ، كبيع الاعيان فإذا قبض البعض وتعذر قبض الباقي ففسخ العقد رجع بقسطه من الثمن ولا يجعل للباقي فضلا عن المقبوض ، لانه مبيع واحد متماثل الاجزاء فيقسط الثمن على أجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله .

« مسألة ، قال (وإذا لم يكن السلم فيه كالحديد والرصاص ، وما لا يفسد ، ولا يختلف قديمه وحديثه لم يكن عليه قبضه قبل محله)

يعنى بالسلم : المسلم فيه ، سمي باسم المصدر كما يسمى المسروق سرقة والمرهون رهنا ، قال ابراهيم : خذ سلمك أو دون سلمك ؛ ولا تأخذ فوق سلمك ، ومتى أحضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يحضره في محله فيلزمه قبوله لانه آتاه بحقه في محله فلزمه قبوله كالمبيع المعين ، وسواء كان عليه في قبضه ضرر أو لم يكن فإن أبي قبل له : اما أن تقبض حقه ، واما أن تبرئ منه فإن امتنع قبضه الحاكم من المسلم اليه للمسلم وبرئت ذمته منه لأن الحاكم يقوم مقام الممتنع بولايته ، وليس له أن يبرئ لانه لا يملك الا براء .

الحال الثاني : أن يأتي به قبل محله فينظر فيه فإن كان مما في قبضه قبل محله ضرراً ما لكونه مما يتغير ، كالفاكهة والاطعمة كلها ، أو كان قديمه دون حديثه كالحيوب ونحوها لم يلزم المسلم قبوله لأن له غرضاً في تأخيرها بأن يحتاج إلى أكله أو إطعامه في ذلك الوقت . وكذلك الحيوان لأنه لا يأمن تلفه ويحتاج إلى الانفاق عليه إلى ذلك الوقت ، وربما يحتاج إليه في ذلك الوقت دون ما قبله ، وهكذا إن كان مما يحتاج في حفظه إلى مؤنة ، كالقطن ونحوه أو كان الوقت مخوفاً يخشى هب ما يقبضه ، فلا يلزمه الأخذ في هذه الأحوال كلها ، لأن عليه ضرراً في قبضه ، ولم يأت محل استحقاقه له ، فجزى مجرى نقص صفة فيه ، وإن كان مما لا ضرر في قبضه ، بأن يكون لا يتغير كالحديد والرصاص والنحاس فإنه يستوى قديمه وحديثه ، ونحو ذلك الزيت والعسل ، ولا في قبضه ضرر الخوف ، ولا تحمل مؤنة فعليه قبضه ، لأن غرضه حاصل مع زيادة تعجل المنفعة فجزى مجرى زيادة الصفة وتعجيل الدين الموجل .

الحال الثالث . أن يحضره بعد محل الوجوب ، لحكمه حكم ما لو أحضر المبيع بعد تفرقها .

(فصل) ولا يخلو أما أن يحضر المسلم فيه على صفته أو دونها أو أجود منها فإن أحضره على صفته لزم قبوله لأنه حقه وإن أتى به دون صفته لم يلزمه قبوله لأن فيه إسقاط حقه فإن تراضيا على ذلك وكان من جنسه جاز وإن كان من غير جنسه لم يجز لما تقدم ، وإن اتفقا على أن يعطيه دون حقه ويزيده شيئاً لم يميز لأنه أفرده صفة الجودة بالبيع ، وذلك لا يجوز ، ولأن بيع المسلم فيه قبل قبضه غير جائز فيبيع وصفه أولى .

الثالث . أن يحضره أجود من الموصوف فينظر فيه فإن اتاه به من نوعه لزمه قبوله لأنه أتى بما تناوله العقد وزيادة تابعة له فينفعه ولا يضره إذ لا يفوته غرض فإن أتى به من نوع آخر لم يلزمه قبوله لأن العقد تناول ما وصفاه على الصفة التي شرطها ، وقد فات بعض الصفات فإن النوع صفة ، وقد فات ، فأشبه ما لوفات غيره من الصفات .

وقال القاضي : يلزمه قبوله لأنها جنس واحد يضم أحدهما الى الآخر في الزكاة فأشبهه الزيادة في الصفة مع اتفاق النوع ، والأول أجود لان أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر ، فإذا فوته عليه فوت عليه الغرض المتعلق به ، فلم يلزمه قبوله كما لو فوت عليه صفة الجودة ، وهذا مذهب الشافعي ، فإن تراضيا على أخذ النوع بدلا عن النوع الآخر جاز لأنها جنس واحد لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا ، ويضم أحدهما الى الآخر في الزكاة ؛ فجاز أخذ أحدهما عن الآخر ، كالنوع الواحد . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يجوز له أخذه للمعنى الذي منع لزوم أخذه ، وقال إبراهيم : لا تأخذ فوق سلبك في كيل ولا صفة .

ولنا أنها تراضيا على دفع المسـ لم فيه من جنسه ، فجاز كما لو تراضيا على دفع الردى مكان الجيد أو الجيد مكان الردى ، وبهذا ينتقض ما ذكره فإنه لا يلزم أخذ الردى ، ويجوز أخذه ، ولأن المسلم أسقط حقه من النوع ، فلم يبق بينهما إلا صفة الجودة وقد سمح بها صاحبها .

(فصل) إذا جاءه بالأجود فقال : خذه وزدني درهما ، لم يصح ، وقال أبو حنيفة ، يصح كما لو أسلم في عشرة فجاءه بأحد عشر : ولنا أن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد ، كما لو كان مكبلا أو موزونا فإن جاءه بزيادة في القدر ، فقال خذه وزدني درهما ففعلا صح ، لأن الزيادة ههنا يجوز إفرادها بالعقد .

(فصل) وليس له إلا أقل ما تقع عليه الصفة ، لأنه إذا أسلم إليه ذلك فقد سلم إليه ما تناوله العقد فبرئت ذمته منه .

وعليه أن يسلم إليه الحنطة نقية من التبن والقصل والشعير ونحوه عما لا يتناوله اسم الحنطة وإن كان فيه تراب كثير يأخذ موضعاً من المكبال لم يجز ، وإن كان سيرا لا يؤثر في المكبال ولا يعيبها لزمه أخذه ، ولا يلزمه أخذ التمر إلا جافا ، ولا يلزم أن يتناهى جفافه ، لأنه يقع عليه الاسم ، ولا يلزمه أن يقبل معيباً بحال ومتى قبض المسلم فيه فوجده معيباً فله المطالبة بالبدل أو الأرش كالمبيع سواء .

(فصل) ولا يقبض المكبال إلا بالكيل ، ولا الموزون إلا بالوزن ، ولا يقبضه جزافا ، ولا بغير ما يقدر به ، لأن الكيل والوزن مختلفان ، فإن قبضه بذلك فهو

كقبضه جزافاً ، فيقدره بما أسلم فيه ، يأخذ قدر حقه ويرد الباقي ، ويطالب بالعوض ، وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن يعتبره ؟ على وجهين مضى ذكرهما في بيوع الأعيان ، وإن اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع يمينه ، قال القاضي : ويسلم إليه ماله المكىال وما يحمله ، ولا يكون مسحاً ولا يدق ولا يوز لأن قوله : أسلمت إليك في تقييد يقتضى ما سعه المكىال وما يحمله ، وهو ما ذكرنا

« مسألة ، قال (ولا يجوز أن يأخذ رهناً ولا كفيلاً من المسلم إليه)

واختلفت الرواية في الرهن والضمين في السلم ، فروى المروزي وابن الفاسم وأبو طالب منع ذلك وهو اختيار الخرقى وأبي بكر ، ورويت كراهة ذلك عن علي وابن عمر وابن عباس والحسن وسعيد بن جبير والأوزاعي ، وروى حنبل جوازه ورخص فيه عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والحكم ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر ، لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين — إلى قوله — فرهان مقبوضة) وقد روى عن ابن عباس وابن عمر . أن المراد به السلم ، ولأن اللفظ عام ، فيدخل السلم في عمومته ، ولأنه أحد نوعي البيع ، فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كيبيع الأعيان .

ووجه الأول : أن الرهن والضمين إن أخذ برأس مال السلم فقد أخذاً بمال السلم بواجب ولا ماله إلى الوجوب ، لأن ذلك قد ملكه المسلم إليه ، وإن أخذ بالسلم فيه فالرهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن ، والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من الرهن ولا من ذمة الضامن ، ولأنه لا يأمن هلاك الرهن في يده بعدوان ، فيصير مستوفياً لحقه من غير المسلم فيه ، وقد قال النبي (ص) « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » ، رواه أبو داود ، ولأنه يقيم ما في ذمة الضامن مقام ما في ذمة المضمون عنه . فيكون في حكم أخذ العوض والبدل عنه وهذا لا يجوز

(فصل) فإن أخذ رهناً أو ضميناً بالمسلم فيه ثم تقايلا السلم ، أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه ، بطل الرهن : لزوال الدين الذي به الرهن وبرئ الضامن ، وعلى المسلم إليه رد رأس مال السلم في الحال ، ولا يشترط قبضه في المجلس ، لأنه ليس بعوض ، ولو أقرضه ألفاً وأخذ به رهناً ثم صالحه من الألف على طعام

معلوم في ذمته صح ، وزال الرهن لزوال دينه من الذمة ، وبقي الطعام في الذمة ، ويشترط قبضه في المجلس ، كيلا يكرن بيع دين بدين ، فإن تفرقا قبل القبض بطل الصلح ورجع الألف الى ذمته برهنه ، لأنه يعود على ما كان عليه ، كالعصير إذا تخمر ثم عاد خلا ، وهكذا لو صالحه عن الدراهم بدنانير في ذمته فالحكم مثل ما بينا في هذه المسألة .

(فصل) وإذا حكمنا بصحة ضمان السلم فلصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وأيهما قضاء برئت ذمتهما منه ، فإن سلم المسلم اليه المسلم فيه الى الضامن ليدفعه الى المسلم جاز وكان وكيلا ، وإن قال : خذه عن الذي ضمننت عني لم يصح ؛ وكان قبضاً فاسداً مضموناً عليه ، لأنه إنما استحق الأخذ بعد الوفاء فإن أوصله الى المسلم برىء بذلك ، لأنه سلم اليه ما سلطه المسلم اليه في التصرف فيه ، وإن أتلفه فعليه ضمانه ، لأنه قبضه على ذلك ، وإن صالح المسلم الضامن عن المسلم فيه بشئ لم يصح لأن هذا إقالة ، فلا يصح من غير المسلم اليه وإن صالحه المسلم اليه بشئ صح ، وبرئت ذمته وذمة الضامن ، لأن هذا إقالة ، وإن صالحه على غير ثمنه لم يصح ، لأنه بيع المسلم فيه قبل القبض .

(فصل) والذي يصح أخذ الرهن به كل دين ثابت في الذمة يصح استيفاءه من الرهن كاثبات البياعات والأجرة في الإجازات ، والمهر وعوض الخلع ، والقرض وأرش الجنایات وقيم المتلفات ، ولا يجوز أخذ الرهن بما ليس بواجب ولا ماله الى الوجوب ، كالدية على العاقلة قبل الحول . لأنها لم تجب بعد ولا يعلم إضائها الى الوجوب . فانهم لو جنوا أو افتقروا أو ماتوا لم تجب عليهم . فلا يصح أخذ الرهن بها . فأما بعد الحول فيجوز أخذ الرهن بها . لأنها قد استقرت في ذمتهم ويحتمل جواز أخذ الرهن بها قبل الحول . لأن الأصل بقاء الحياة واليسار والعقل ولا يجوز أخذ الرهن بالجمل في الجملة قبل العمل . لأنه لم يجب ولا يعلم إضائها الى الوجوب .

وقال القاضى : يحتمل أخذ الرهن به . لأن ماله الى الوجوب والزوج فأنشبت أثبات البياعات . والاولى أولى : لأن إضائها الى الوجوب محتمل . فأنشبت الدية قبل الحول ، ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل . لأنه قد وجب ، ولا يجوز أخذ

الرهن بمال الكتابة ، لأنه غير لازم ، فإن للعبد تعجيل نفسه ، ولا يمكن استيفاء دينه من الرهن ؛ لأنه لو عجز صار الرهن للسيد . لأنه من حيلة مال المكاتب ، وقال أبو حنيفة : يجوز .

ولنا أنها وثيقة لا يمكن استيفاء الحق منها فلم يصح كضمان الخمر ، ولا يجوز أخذ الرهن بعوض المسابقة ، لأنها جمالة ولم يعلم إفضاؤها الى الوجوب ، لأن الوجوب إنما يثبت بسبق غير المخرج ، وهذا غير معلوم ولا مظنون ، وقال بعض أصحابنا : فيها وجهان ، هل هي إجارة أو جمالة ؟ فإن قلنا : هي إجارة جاز أخذ الرهن بعوضها . وقال القاضي : ان لم يكن فيها محل ففي جمالة ، وان كان فيها محل فعلى وجهين : وهذا كله بعيد ، لأن الجعل ليس هو في مقابلة العمل ، بل لئلا أنه لا يستحقه اذا كان مسبوقا ، وقد عمل العمل ، وإنما هو عوض عن السبق ، ولا تعلم القدرة عليه ، ولأنه لا فائدة للجاعل فيه ، ولا هو مراد له ، وإذا لم تكن إجارة مع عدم المحلل فع وجوده أولى ، لأن مستحق الجعل هو السابق ، وهو غير معين ؛ ولا يجوز استئجار رجل غير معين .

ثم لو كانت إجارة لكان عوضها غير واجب في الحال ولا يعلم إفضاؤه الى الوجوب ولا يظن فلم يجز أخذ الرهن به كالجعل في رد الايق واللقطه ، ولا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة كالثمن المعين والآجرة المعينة في الإجارة والمعقود عليه في الإجارة اذا كان منافع معينة مثل إجارة اندار والعبد المعين والجعل المعين مدة معلومة ، أو لحمل شيء معين الى مكان معلوم ، لأن هذا حق تعلق بالعين لا بالذمة ، ولا يمكن استيفاءه أحق من الرهن ، لأن منفعة العين لا يمكن استيفائها من غيرها ، وتبطل الإجارة بتلف العين ، وان وقعت الإجارة على منفعة في الذمة ، كخياطة ثوب وبناء دار جاز أخذ الرهن به ، لأنه ثابت في الذمة ويمكن استيفاءه من الرهن بأن يستأجر من ثمنه من يعمل ذلك العمل فجاز أخذ الرهن به كالدين ، ومذهب الشافعي في هذا كله كما قلنا .

(فصل) فأما الأعيان المضمونة ، كالنصوب والعواري والمقبوض ببيع فاسد والمقبوض على وجه السوم ففيها وجهان :

أحدهما . لا يصح الرهن بها ، وهو مذهب الشافعي ، لأن الحق غير ثابت

في الذمة ، فأشبه ما ذكرنا ، ولأنه إن رهنه على قيمتها إذا تلفت فهو رهن على ما ليس بواجب ، ولا يعلم أفضاؤه الى الوجوب ، وإن أخذ الرهن على عينها لم يصح لأنه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن ، فأشبه أثمان البياعات المتعينة .

والثاني : يصح أخذ الرهن بها ، وهو مذهب أبي حنيفة ، وقال كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها ، يريد ما بضمن بمثله أو قيمته كالبيع . يجوز أخذ الرهن به . لأنه مضمون بفساد العقد . لأن مقصود الرهن الوثيقة بالحق ، وهذا حاصل . فإن الرهن بهذه الأعيان يحمل الراهن على أدائها . وإن تعذر أدائها استوفى بدلها من ثمن الرهن . فأشبهت الدين في الذمة .

(فصل قال القاضي : كل ما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به ، ومالم يجوز الرهن به لم يجوز أخذ الضمين به ، إلا ثلاثة أشياء : عهدة المبيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها والكتابة لا يصح الرهن بدونها وفي ضمانها روايتان ، ومالم يجب لا يصح الرهن به ويصح ضمانه ، والفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الرهن بهذه الأشياء يبطل الإرفاق ، فإنه إذا باع عبده بألف ودفع رهنًا يساوي ألفاً فكأنه ما قبض الثمن ولا ارتفق به والمكاتب إذا دفع ما يساوي كتابته فما ارتفق بالاجل ، لأنه كان يمكنه بيع الرهن أو بقاء الكتابة ويستريح من تعطيل منافع عبده والضمان بخلاف هذا .

والثاني : أن ضرر الرهن بعم ، لأنه يدوم بقاؤه عند المشتري ، فيمنع البائع التصرف فيه والضمان بخلافه .

(فصل) إذا اختلف المسلم والمسلم اليه في حلول الاجل فالقول قول المسلم اليه لأنه منكر ، وإن اختلفا في أداء المسلم فيه فالقول قول المسلم لذلك ، وإن اختلفا في قبض الثمن فالقول قول المسلم اليه لذلك . وإن اتفقا عليه . وقال أحدهما كان في المجلس قبل التفرق . وقال الآخر : بعده فالقول قول من يدعى القبض في المجلس لأن معه سلامة العقد ، وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب دعواه قدمت أيضاً بينته ، لأنها مثبتة والاخرى نافية .

باب القرض

والقرض نوع من السلف ، وهو جائز بالسنة والاجماع . أما السنة ، فروى أبو رافع « أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرة ، فقدمت على النبي صلى الله عليه وسلم إبل الصدقة ، فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكره ، فرجع إليه أبو رافع فقال يا رسول الله لم أجد فيها إلا خياراً رابعياً ، فقال اعطه فإن خير الناس أحسنهم قضاء » رواه مسلم

وعن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقة مرة » وعن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأيت ليلة أسرى بنى على باب الجنة مكتوباً : الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر ، فقلت يا جبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة ؟ قال لأن السائل يسأل وعنده ، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة » رواهما ابن ماجه ، وأجمع المسلمون على جواز القرض

(فصل)

والقرض مندوب إليه في حق المقرض مباح للمقرض ، لما روينا من الأحاديث ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه » وعن أبي الدرداء أنه قال « لأن أقرض دينارين ثم يردان ، ثم أقرضهما أحب إليّ من أن أتصدق بهما » ولأن فيه تفريقاً عن أخيه المسلم وقضاء حاجته وعوناً له ، فكان مندوباً إليه كالصدقة عليه وليس بواجب . قال أحمد : لا إثم على من سئل القرض فلم يقرض ، وذلك لأنه من المعروف ، فأشبهه صدقة التطوع ، وليس بمكروه في حق المقرض .

قال أحمد : ليس القرض من المسألة ، يعني ليس بمكروه . وذلك لأن النبي (ص) « كان يستقرض » بدليل حديث أبي رافع ، ولو كان مكروهاً كان أبعد الناس منه ولأنه إنما يأخذه بعوضه فأشبهه الشراء بدين في ذمته . قال ابن أبي موسى : لا أحب أن يتحمل بأمانته ما ليس عنده — يعني ما لا يقدر على وفائه — ومن أراد أن

يستقرض فليعلم من يسأله القرض بحاله ولا يخره من نفسه ، إلا أن يكون الشيء اليسير الذي لا يتعذر رد مثله . قال أحمد : إذا اقترض لغيره ولم يعلم بحاله لم يعجبنى ؛ وقال ما أحب أن يقترض بجاهه لآخوانه . قال القاضي : يعنى إذا كان من يقترض له غير معروف بالوفاء لكونه تقيرا بمال المقرض وإضراداه ، أما إذا كان معروفا بالوفاء لم يكره ؛ لكونه إعانة له وتقريرا لكرمه

فصل

ولا يصح الا من جائز التصرف ، لأنه عقد على المال ، فلم يصح إلا من جائز التصرف كالبيع ، وحكمه في الإيجاب والقبول حكم البيع على ما مضى ، ويصح بلفظ السلف والقرض لورود الشرع بهما ، وبكل لفظ يؤدي معناهما ، مثل أن يقول : ملكتك هذا على أن ترد على بدلته أو توجد قرينة دالة على إرادة القرض فإن قال . ملكتك ولم يذكر البدل ولا وجد ما يدل عليه فهو هبة ، فإن اختلفا فالقول قول الموهوب له ، لأن الظاهر معه لأن التملك من غير عوض هبة .

(فصل) ولا يثبت فيه خيار ما ، لأن المقرض دخل على بصيرة أن الحظ لغيره فأشبه الهبة ، والمقترض متى شاء رده ، فيستغنى بذلك عن ثبوت الخيار له . ويثبت الملك في القرض ، بالقبض وهو عقد لازم في حق المقرض جائز في حق المقترض فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك وقال الشافعي له ذلك لأن كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه إذا كان موجوداً كالمغصوب والعارية .

ولنا أنه أزال ملكه بعوض من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالبيع ؛ ويفارق المغصوب والعارية ؛ فإنه لم يزل ملكه عنهما ، ولأنه لا يملك المطالبة بمثلهما مع وجودهما . وفي مسألتنا بخلافه ، فأما المقترض فله رد ما اقترضه على المقرض إذا كان على صفته لم ينقص ولم يحدث به عيب ، لأنه على صفة حقه فلزمه قبوله كالمسلم فيه ، وكأ لو أعطاه غيره ، ويحتمل أن لا يلزم المقرض قبول ما ليس بمثل لأن القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين ، فإذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه فلم يجب قبوله كالبيع

(فصل) وللمقرض المطالبة ببذله في الحال لأنه سبب يوجب رد المثل في المثليات ، فأوجهه حالا كالأتلاف ، ولو أقرضه تفريق ، ثم طالبه بها جملة فله

ذلك ، لان الجميع حال : فاشبه ما لو باعه يبوعا حالة ثم طالبه بشمها جملة . وإن أجل القرض لم يتأجل وكان حالا ، وكل دين حل أجله لم يصير مؤجلا بتأجيله وبهذا قال الحارث العكلي والاوزاعي وابن المنذر والشافعي وقال مالك والليث يتأجل الجميع بالتأجيل ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » ، ولان المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالاقالة والامضاء فلما الزيادة فيه كخيار المجلس . وقال أبو حنيفة : في القرض وبدل المتلف كقولنا ، وفي ثمن المبيع والاجرة والصداق وعوض الخلع كقولهما ، لان الاجل يقتضى جزءا من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه ، وبدل المتلف الواجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص ، فلذلك لم يتأجل ، وبقية الأعواض تتجاوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها .

ولنا أن الحق يثبت حالا والتأجيل تبرع منه ووعد ، فلا يلزم الوفاء به كما لو أماره شيئا ، وهذا لا يقع عليه اسم الشرط ولو سمي فالخبر مخصوص بالعارة فيلحق به بما اختلفا فيه لانه مثله .

ولنا على أبي حنيفة أنها زيادة بعد استقرار العقد فاشبه القرض وأما الاقالة فهي فسخ وابتداء عقد آخر بخلاف مسألتنا ، وأما خيار المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد بدليل أنه يجرى فيه القبض لما يشترط قبضه والتعين لما في الذمة

فصل في القرض

ويجوز قرض المكيل والموزون بغير خلاف . قال ابن المنذر « أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ماله مثل من المكيل والموزون والاطعمة جائز ، ويجوز قرض كل ما يثبت في الذمة سلما سوى بني آدم ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة « لا يجوز قرض غير المكيل والموزون » لأنه لا مثل له أشبه الجواهر

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا ، وليس بمكيل ولا موزون ولان ما يثبت سلما يملك بالبيع ويضبط بالوصف ، فجاز قرضه كالمكيل والموزون وقولهم لا مثل له خلاف أصلهم ، فإن عند أبي حنيفة لو أتلف على رجل ثوبا

ثبتت في ذمته مثله ، ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته ، فأما مالا ثبتت في الذمة سلما كالجواهر وشبهها ، فقال القاضى يجوز قرضها ويرد المستقرض القيمة ، لأن مالا مثل له يضمن بالقيمة والجواهر كغيرها في القيم .

وقال أبو الخطاب لا يجوز قرضها لأن القرض يقتضى رد المثل وهذه لا مثل لها ، ولأنه لم ينقل قرضها ولا هي في معنى ما نقل القرض فيه لكونها ليست من المرافق ولا يثبت في الذمة سلما فوجب إبقاؤها على المنع ، ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون ، فإذا قلنا الواجب رد المثل لم يجوز قرض الجواهر ومالا ثبتت في الذمة سلما لتعذر رد مثله . وإن قلنا الواجب رد القيمة جاز قرضه لإمكان رد القيمة ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين

(فصل) فأما بنو آدم فقال أحد : أكره قرضهم ، فيحتمل كراهية تنزيهه ، ويصح قرضهم ، وهو قول ابن جريج والمزنى لانه مال يثبت في الذمة سلما ، فصح قرضه كسائر الحيوان ، ويحتمل أنه أراد كراهة التحريم فلا يصح قرضهم . اختاره القاضى لانه لم ينقل قرضهم ولا هو من المرافق ، ويحتمل صحة قرض العبيد دون الاماء ؛ وهو قول مالك والشافعى ، إلا أن يقرضن من ذوى محارمن لان الملك بالقرض ضعيف ، فإنه لا يمنعه من ردها على المترض فلا يستباح به الوطء كالملك في مدة الخيار ، وإذا لم يبيع الوطء لم يصح القرض لعدم المائل بالفرق ، ولان الابضاع مما يحتاط لها ، ولو أبجنا قرضن أفضى الى أن الرجل يستقرض أمة فيطوؤها ثم يردها من يومة ، ومتى احتاج الى وطنها استقرضها فوطئها ثم ردها ، كما يستعير المتاع فينتفع به ثم يرده

ولنا أنه عقد ناقل للملك ، فاستوى فيه العبيد والاماء كسائر العقود ، ولا نسلم ضعف الملك ، فإنه مطلق لسائر النصرفات بخلاف الملك في مدة الخيار . وقولهم متى شاء المترض ردها ممنوع . فإننا اذا قلنا الواجب رد القيمة لم يملك المترض رد الائمة وإنما يرد قيمتها . وإن سلينا ذلك لكن متى قصد المترض هذا لم يحل له فعله ولا يصح اقتراضه . كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردها بالمانيلة أو بعيب فيها وإن وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة ، كما لو وقع ذلك في البيع ، وكما

لو أسلم جارية في أخرى موصوفة بصفاتهما ثم ردها بعينها عند حلول الاجل . ولو ثبت أن الفرض ضعيف لا يبيح الوطء لم يمنع منه في الجوارى . كالبيع في مدة الخيار . وعدم القائل بالفرق ليس بشيء على ما عرف في مواضعه . وعدم ثلثه ليس بحجة . فإن أكثر الحيوانات لم ينزل قرضها وهو جائز

(فصل)

وإذا اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن لم يجز لأن الرض فيها يوجب رد المثل . فإذا لم يعرف المثل لم يمكن القضاء . وكذلك لو اقترض مكيلا أو موزونا جزافا لم يجز لذلك . ولو قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها غير معروفين عند العامة لم يجز لانه لا يأمن تلف ذلك فيتعذر رد المثل فأشبه السلم في مثل ذلك . وقال الامام أحمد في ماء بين قوم لهم نوب في أيام مساة فاحتاج بعضهم الى أن يستقي في غير نوبته فاستقرض من نوبة غيره ليرد عليه بدله في يوم نوبته فلا بأس . وإن كان غير محدود كرهته . فكبره إذا لم يكن محدوداً لأنه لا يمكنه رد مثله ، وإن كانت الدراهم يتعامل بها عدداً استقرض عدداً رد عدداً . وإن استقرض وزناً رد وزناً . وهذا قول الحسن وابن سيرين والاوزاعي . واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عدداً وأعطاه بالبصرة عدداً ، لأنه وفاه مثل ما اقترض فيها يتعامل به الناس . فأشبه ما لو كانوا يتعاملون بها وزناً فرد وزناً

(فصل) ويجب رد المثل في المكييل والموزون لانعلم فيه خلافاً . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من أسلف سلفاً مما يجوز أن يسلف فرد عليه مثله أن ذلك جائز وأن للسلف أخذ ذلك . ولأن المكييل والموزون يضمن في الغصب والاتلاف بمثله فكذا ههنا . فأما غير المكييل والموزون ففيه وجهان : أحدهما يجب رد قيمته يوم الرض لانه لا مثل له فيضمنه بقيمته كحال الاتلاف والغصب

والثاني يجب رد مثله لأن النبي صلى الله عليه وسلم « استسلف من رجل يكرأ فرد مثله » ويخالف الاتلاف فإنه لا مساحاة فيه فوجبت القيمة لأنها أحصر والنقص أسهل . ولهذا جازت النسيئة فيه فيما فيه الربا ، ويعتبر مثل صفاته تقريباً

فإن حقيقة المثل إنما توجد في المكيل والموزون فإن تعذر المثل فعليه قيمته يوم تعذر المثل لأن القيمة ثبتت في ذمته حينئذ ، وإذا قلنا : يجب القيمة وجبت حين القرض لا حينئذ ثبتت في ذمته .

(فصل) ويوزن قرض الخبز ، ورخص فيه أبو قلابة ومالك ، ومنع منه أبو حنيفة .

ولنا أنه موزون فجاز قرضه كسائر الموزونات ، وإذا أقرضه بالوزن ورد مثله بالوزن جاز ، وإن أخذه عدداً فرداً عدداً فقال الشريف أبو جعفر : فيه روايتان . إحداهما : لا يجوز لأنه موزون أشبه سائر الموزونات .

والثانية : يجوز ، قال ابن أبي موسى : إذا كان يتحرى أن يكون مثلاً بمثل ، فلا يحتاج إلى الوزن والوزن أحب إلى . ووجه الجواز ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : قلت : يا رسول الله ، إن الجيران يستقرضون الخبز والخير ، ويردون زيادة ونقصاناً ، فقال : لا بأس . إن ذلك من مراقب الناس لا يراد به الفضل ، ذكره أبو بكر في الثماني بإسناده ، وفيه أيضاً بإسناده عن معاذ بن جبل « أنه سئل عن استقرض الخبز والخير ؟ فقال : سبحانه الله ، إنما هذا من مكارم الأخلاق ، أخذ الكبير وأعطى الصغير ، وخذ الصغير وأعطى الكبير ، خيركم أحسنكم قضاء ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك ، ولأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق اعتبار الوزن فيه ، وتدخله المسامحة ، فجاز كدخول الحمام من غير تقدير أجره ، والركوب في سفينة الملاح وأشباه هذا فإن شرط أن يطع به أكثر مما أقرضه أو أجود ، أو أعطاه مثل ما أخذ وزاده كسرة كان ذلك حراماً ، وكذلك إن أقرضه صغيراً قصد أن يعطيه كبيراً ، لأن الأصل تحريم ذلك ، وإنما أبيح لمشقة إمكان التحرز منه ، فإذا قصد أو شرط أو أفردت الزيادة فقد أمكن التحرز منه فحرم بحكم الأصل كما لو فعل ذلك في غيره .

(فصل) وكل قرض شرط فيه أن يزيده ، فهو حرام بشير خلاف ، قال ابن المنذر : أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك : أن أخذ الزيادة على ذلك ربا ، وقد روى عن أبي بن كعب وابن عباس

وابن مسعود : انهم نهوا عن قرض جر منفعة ، ولأنه عقد ارفاق وقربة فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه ، ولا ترق بين الزيادة في القدر او في الصفة ، مثل أن يقرضه مكسرة ليعطيه صحاحا او نقدا ليعطيه خيرا منه وان شرط أن يعطيه اياه في بلد آخر وكان للجله مؤنة لم ينجز لأنه زيادة وان لم يكن للجله مؤنة جاز ، وحكاه ابن المنذر عن علي وابن عباس والحسن بن علي وابن الزبير وابن سيرين وعبد الرحمن بن الأسود وأيوب السختياني والثوري واحمد واسحاق وكرهه الحسن البصري وميمون بن أبي شبيب وعبد بن ابن لبابة ومالك والاوزاعي والشافعي ، لأنه قد يكون في ذلك زيادة . وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له بهاسفتجة لم ينجز ومعناه : اشترط القضاء في بلد آخر ، وروى عنه جوازها لكونها مصلحة لها جميعا .

وقال عطاء : كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ثم يكتب لهم بها إلى مصعب ابن الزبير بالعراق فيأخذونها منه ، فستل عن ذلك ابن عباس فلم ير به بأسا . وروى عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن مثل هذا فلم ير به بأسا ، وعن لم ير به بأسا : ابن سيرين والنخعي ، رواه كله سعيد .

وذكر القاضي أن للوصي قرض مال اليتيم في بلد ليو فيه في بلد آخر ، ليربح خطر الطريق والصحيح جوازه لأنه مصلحة لها من غير ضرر بواحد منهما ، والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها بل بشروعيتها ، ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه ، ولا في معنى المنصوص فوجب ابقاؤه على الاباحة .

وان شرط في القرض أن يؤجره داره او يبيعه شئنا او أن يقرضه المقترض مرة أخرى لم يجز : لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع وسلف » ولأنه شرط عقدا في عقد فلم يجز كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره ، وان شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرتها او على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها او على أن يهدي له هدية او يعمل له عملا كان ابلغ في التحريم ، وان فعل ذلك من غير شرط قبل الوفاء لم يتب له ولم يجز قبوله الا أن يكافئه او يحسبه من دينه الا أن يكون شيئا جرت العادة به بينهما قبل القرض لما روى الاثرم « أن رجلا كان له على سمك عشرون درهما فجعل يهدي اليه السمك ويؤمه حتى بلغ ثلاثة

عشر درهما ، فسأل ابن عباس فقال : أعطه سبعة دراهم ، وعن ابن سيرين د أن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة آلاف درهم ، فأهدى إليه أبي بن كعب من ثمره أرضه ، فردها عليه ولم يتب عليها فأتاه أبي فقال : لئد علم أهل المدينة أنى من أطيبهم ثمره : وأنه لا حاجة لنا فبم منعت هديتنا ؟ ثم أهدى إليه بعد ذلك فبيل ، وعن زر بن حبيش قال : قلت لأبي بن كعب : انى أريد أن أسير الى أرض الجهاد الى العراق ، فقال : انك تأتى أرضاً فاش فيها الربا فان أقرضت رجلاً قرضاً فأتاك ، يرضك ليؤدى اليك قرضك ومعه هدية فاقبض قرضك واردد عليه هديته ، رواهما الاثرم .

وروى البخارى عن أبي بردة عن أبي موسى قال : قدمت المدينة ، فأنيت عبد الله بن سلام — وذكر حديثاً — وفيه . ثم قال لى . انك بأرض فيها الربا فاش فاذا كان لك على رجل دين فأهدى اليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فانه ربا .

قال ابن أبى موسى ، ولو أقرضه قرضاً ثم استعمله عملاً لم يكن ليستعمله مثله قبل الفرض كان قرضاً جر منفعة ولو استضاف غريمه ولم تكن العادة جرت بينهما بذلك حسب له ما أكله ، لما روى ابن ماجه فى سننه عن أنس قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا أقرض أحدكم قرضاً ، فأهدى إليه أو حملة على الدابة ، فلا يكبها ولا يتبله ، الا ان يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك ، وهذا كله فى مدة الرضى ، فأما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط . على ما سنذكره ان شاء الله تعالى . (فصل) فان أقرضه مطلماً من غير شرط فنضاه خيراً منه فى النذر ، أو العفة او دونه برضاهاما جاز ؛ وكذلك ان كتب له بها سفتجة ، أو قضاه فى بلد آخر جاز ، ورخص فى ذلك ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والنخعى والشعبي والزهرى ومكحول وقتادة ومالك والشافعى وإسحاق ، وقال أبو الخطاب . ان قضاه خيراً منه او زاده زيادة بعد الوفاء من غير موافاة فعلى روايتين ، وروى عن أبى بن كعب وابن عباس وابن عمر ، انه يأخذ مثل قرضه : ولا يأخذ فضلاً لانه اذا أخذ فضلاً كان قرضاً جر منفعة .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم استسلف بكرة فرد خيراً منه ، وقال .

خيركم أحسنكم قضاء ، متفق عليه ، والبخارى « أفضلكم : أحسنكم قضاء ، ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة إليه ولا إلى استيفاء دينه ، فخلت كما لو لم يكن قرض ، وقال ابن أبي موسى : إذا زاده بعد الوفاء فعاد المستقرض بعد ذلك يلتبس منه قرضاً ثانياً ففعل لم يأخذ منه إلا مثل ما أعطاه فان أخذ زيادة أو أجود مما أعطاه كان حراماً ، قولاً واحداً . وإن كان الرجل معروفاً بحسن القضاء لم يكره إقرضه ، وقال القاضي : فيه وجه آخر أنه يكره ، لأنه يطمع في حسن عادته ، وهذا غير صحيح فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان معروفاً بحسن القضاء ، فهل يسوغ لأحد أن يقول : إن إقرضه مكروه ؟ وإن المعروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم : وهو أولى الناس بقضاء حاجته واجابة مسألته : وتفريج كربته ، فلا يجوز أن يكون ذلك مكروهاً وإنما يمنع من الزيادة المشروطة ولو أقرضه مكسرة فجاء مكانها بصحاح بغير شرط جاز ، وإن جاء بصحاح أقل منها فأخذها بجميع حقه لم يجر قولاً واحداً لأن ذلك معاوضة للنقد بأقل منه . فكذا رباً .

(فصل)

وان شرط في القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه ، وكان ذلك مما يجري فيه الربا لم يجر ، لإفضائه إلى فوات المماثلة فيما هي شرط فيه ، وإن كان في غيره لم يجر أيضاً ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وفي الوجه الآخر ، يجوز لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض ، وشرط النصفان لا يخرج عن موضوعه ، بخلاف الزيادة .

ولنا أن الفرض يقتضي المثل فشرط النقصان يخالف مقتضاه ، فلم يجر كشرط الزيادة .

(فصل) ولو أقرض من رجل نصف دينار فدفع إليه ديناراً صحيحاً ، وقال : نصفه قضاء ونصفه وديعة عندك ، أو سلماً في شيء صحيح ، وإن امتنع المقرض من قبوله فله ذلك لأن عليه في الشركة ضرراً ، ولو اشترى بالنصف الثاني من الدينار سلعة جاز إلا أن يكون ذلك عن مشاركة فقال : أقضيك صحيحاً بشرط أني آخذ منك بنصفه الباقي قبضاً فإنه لا يجوز لأنه لم يدفع إليه صحيحاً إلا يعطيه بالنصف الباقي فبذل ما بين الصحيح والمكسور من النصف . المقضى ، ولو لم يكن شرطاً جاز ،

فإن ترك النصف الآخر عنده وديعة جاز ، وكانا شريكين فيه ، وإن اتفقا على كسره كسراه ، فإن اختلفا لم يبر أحدهما على كسره لأنه ينقص قيمته .

فصل

ولو أفلس غريمه فأقرضه ألفا لوفيه كل شهر شيئا معلوما جاز ، لأنه إنما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له ، ولو كان له عليه حنطة فأقرضه ما يشتري به حنطة يوفيه إياها لم يكن محرما لذلك ، ولو أراد رجل أن يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلا على أن يدفعها إلى عياله فلا بأس إذا لم يأخذ عليها شيئا ، ولو أقرض أكاره ما يشتري به بقرأ يعمل عليها في أرضه أو بقرأ يئذره فيها فإن شرط ذلك في المرض لم ينجز ، لأنه شرط ما ينتفع به ، فأشبه شرط الزيادة ، وإن لم يكن شرطا فقال ابن أبي موسى : لا يجوز ، لأنه قرض جر منفعة ، قال ولو قال . أقرضني ألفا وادفع إلى أرضك أزرعها بالثلث كان خبيثا ، والأولى جواز ذلك ، إذا لم يكن مشروطا ، لأن الحاجة داعية إليه ، والمستقرض إنما يقصد نفع نفسه ، وإنما يحصل انتفاع المقرض ضمنا فأشبه أخذ السفينة به وإيفاءه في بلد آخر ؛ ولأنه مصلحة لهما جميعا فأشبه ما ذكرنا .

(فصل قال أحمد فيمن اقترض من رجل دراهم وابتاع بها منه شيئا فخرجت زيوفا : فالبيع جائز ، ولا يرجع عليه بشيء ، يعني لا يرجع البائع على المشتري ببطل اثنين لأنها دراهمه فعيا عليه ، وإنما له على المشتري بدل ما أقرضه إياه بصفته زيوفا ، وهذا يحتمل أنه أراد فيما إذا باعه السلعة بها وهو يعلم عيبها . فأما إن باعه في ذمته بدراهم ثم قبض هذه بدلا عنها غير عالم بها ، فينبغي أن يجب له دراهم خالية من العيب ويرد هذه عليه ، والمشتري ردها على البائع ، وفاء عن القرض . ويبقى اثنين في ذمته ، وإن حسبها على البائع وفاء عن الرض ووفاء اثنين جيدا جاز ، قال : ولو أقرض رجلا دراهم ، وقال : إذا مت فأنت في حل كانت وصية . وإن قال : إن مت فأنت في حل لم يصح ، وذلك لأن هذا إبراء معلق على شرط ولا يصح تعليقه على الشروط ، والأول وصية ، لأنه علق ذلك على موت نفسه ؛ والوصية جائزة .

قال : ولو أقرضه تسعين ديناراً بمائة عدداً والوزن واحد ، وكانت لا تنفق في مكان إلا بالوزن جاز ، وإن كانت تنفق بـرموسها فلا ، وذلك لأنها إذا كانت تنفق في مكان بـرموسها كان ذلك زيادة ، لأن التسعين من المائة تقوم مقام التسعين التي أقرضه إياها ، ويستفضل عشرة ، ولا يجوز اشتراط الزيادة ، وإذا كانت لا تنفق إلا بالوزن فلا زيادة فيها وإن كثر عددها ، قال . ولو قال اقترض لي من فلان مائة ، ولك عشرة ، فلا بأس ، ولو قال : اكفل عني ولك ألف لم يجوز ، وذلك لأن قوله : اقترض لي ، ولك عشرة جمالة على فعل مباح فجازت كما لو قال ابن لي هذا الحائط ولك عشرة ، وأما الكفالة فإن الكفيل يلزمه الدين ، فإذا أداه وجب له على المكفول عنه ، فصار كالقرض ، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جارا للشفعة فلم يجوز .

فصل في القرض

قد ذكرنا أن المستقرض يرد المثل في المثليات ، سواء رخص سعره أو غلا ، أو كان بحاله ، ولو كان ما أقرضه موجوداً بعينه فرده من غير عيب يحدث فيه لزوم قبوله ، سواء تغير سعره أو لم يتغير ، وإن حدث به عيب لم يلزمه قبوله . وإن كان القرض فلوساً أو مكسرة فخرمها السلطان ، وتركتم المعاملة بها ، كان للقرض قيمتها ، ولم يلزمه قبولها : سواء كانت قائمة في يده أو استهلكها ، لأنها تعينت في ملكه ، نص عليه أحمد في الدراهم المكسرة ، وقال : يقومها كم تساوي يوم أخذها ثم يعطيه ، وسواء نقصت قيمتها قليلاً أو كثيراً .

قال القاضي : هذا إذا اتفق الناس على تركها ، فأما أن تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لزمه أخذها ، وقال مالك والليث بن سعد والشافعي : لبس له الا مثل ما أقرضه ، لأن ذلك ليس بعيب حدث فيها : فجري مجرى نقص سعرها .

ولنا أن تحريم السلطان لها منع إنفاقها وأبطل ماليتها ، فأشبهه كسرهما ، أو تلف أجزائهما ، وأما رخص السعر فلا يمنع ردها ، سواء كان كثيراً ، مثل أن كانت عشرة بدائق فصارت عشرين : أو قليلاً ، لأنه لم يحدث فيها شيء إنما تغير السعر ، فأشبهه الخطئة إذا رخصت أو غلت .

(فصل) وإذا أقرضه ما لحمله مؤنة ثم طالبه بثله بئله بئله آخر لم يلزمه ، لأنه لا يلزمه حمله له الى ذلك البلد ، فإن طالبه بالقيمة لزمه ؛ لأنه لا مؤنة لحملها ، فإن تبرع المستقرض بدفع المثل وأبى المقرض قبوله فله ذلك ، لأن عليه ضرراً في قبضه لأنه ربما احتاج الى حمله الى المكان الذي أقرضه فيه ، وله المطالبة بقيمة ذلك في البلد الذي أقرضه فيه ، لأنه المكان الذي يجب التسليم فيه ، وإن كان القرض أثماناً أو مالا مؤنة في حمله وطالبه بها وهما بئله آخر ، لزمه دفعه اليه ، لأن تسليمه اليه في هذا البلد وغيره واحد .

(فصل) وإن أقرض ذى ذمياً خيراً ، ثم أسلبا أو أحدهما ، بطل القرض ، ولم يجب على المقرض شيء ، سواء كان هو المسلم أو الآخر ، لأنه إذا أسلم لم يجب أن يجب عليه خمر ، لعدم ما ليتها ؛ ولا يجب بدلها لانتها لا قيمة لها ، ولذلك لا يضمنها إذا أتلفها وإن كان المسلم الآخر لم يجب له شيء لذلك .

كتاب الرهن

الرهن في اللغة : الثبوت والدوام ، يقال : ماء رهن ، أى راكد ، ونعمة راهنة ، أى ثابتة دائمة ، وقيل : هو من الحبس ، قال الله تعالى (٥٢ : ٢٢) كل امرئ بما كسب رهين) وقال (٧٤ : ٣٨) كل نفس بما كسبت رهينة)

وقال الشاعر :

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

شبه لزوم قلبه لها واحتباسه عندها ؛ لشدة وجده بها ؛ بالرهن الذى يلزمه المرتن فيبقى عنده ، ولا يفارقه ، وغلق الرهن : استحقاق المرتن لياه ، لعجز الراهن عن فكاكه ، والرهن في الشرع : المال الذى يجرى وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه ان تعذر استيفاؤه عن كفو عليه ، وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع

أما الكتاب : فقول الله تعالى (٢ : ٢٨٣) وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فممن مقبوضة) وتقرأ (فرهان) والرهان جمع رهن ، والرهن جمع الجمع قاله الفراء ، وقال الزجاج : يحتمل أن يكون جمع رهن ، مثل سقف وسقف .

وأما السنة : فروت عائشة رضى الله عنها « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما ورهنه درعه ، متفق عليه : وروى أبو هريرة (رض) قال ، قال رسول الله (ص) « الظهر يركب بنفقته ، إذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته ، إذا كان مرهونا ، وعلى الذى يركب بنفقته يشرب . النفقة ، رواه البخارى ، وعن أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يخلق الرهن ، وأما الاجماع . فأجمع المسلمون على جواز الرهن فى الجملة .

(فصل) ويجوز الرهن فى الحضر كما يجوز فى السفر : قال ابن المنذر . لا نعلم أحدا خالف فى ذلك ، الا مجاهداً ، قال . ليس الرهن الا فى السفر ، لأن الله تعالى شرط السفر فى الرهن بقوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة) .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « اشترى » من يهودى طعاما ورهنه درعه ، وكانا بالمدينة ، ولأنها وثيقة تجوز فى السفر ، فجازت فى الحضر كالضمان ، فأما ذكر السفر فانه خرج مخرج الغالب ، لكون السكاك يعدم فى السفر غالبا ، ولهذا لم يشترط عدم السكاك وهو مذكور معه أيضا .

(فصل)

والرهن غير واجب ، لانعلم فيه مخالفا ، لانه وثيقة بالدين ، فلم يجب كالضمان والكتابة ، وقول الله تعالى (فرهان مقبوضة) إرشاد لنا لا إيجاب علينا ، بدليل قول الله تعالى (فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته) ولأنه أمر به عند إعواز الكتابة ، والكتابة غير واجبة ، فكذلك بدلها .

(فصل) ولا يخلو الرهن من ثلاثة أحوال .

أحدها . أن يقع بعد الحق ، فيصح بالاجماع لانه دين ثابت . ادعو الحاجة الى أخذ الوثيقة به ، فجاز أخذها به كالضمان ، ولأن الله تعالى قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة) فجعله بلا عن الكتابة ، فيكون فى محلها ومحلهما بعد وجوب الحق ؛ وفى الآية ما يدل على ذلك وهو قوله (اذا تدانتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) فجعله جزاء للديانة المذكوراً بعدها بقاء التعقيب الحال الثانى . أن يقع الرهن مع العقد الموجب للدين فيقول . بعثك ثوبى هذا

بعشرة إلى شهر ترهنني بها عبدك سعداً ، فيقول : قبلت ذلك ، فيصح أيضاً ، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، لأن الحاجة داعية إلى ثبوته ، فإنه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ويشترطه فيه لم يتمكن من إلزام المشتري عقده ، وكانت الخيرة إلى المشتري ، والظاهر : أنه لا يبذله فتفوت الوثيقة بالحق .

الحال الثالث : أن يرهنه قبل الحق ، فيقول : رهنتك عبدى هذا بعشرة تقرضنيها ، فلا يصح في ظاهر المذهب ، وهو اختيار أبي بكر والقاضي ، وذكر القاضي : أن أحمد نص عليه في رواية ابن منصور ، وهو مذهب الشافعي ، واختار أبو الخطاب . أنه يصح ، فتى قال : رهنتك ثوبى هذا بعشرة تقرضنيها غداً وسلبه إليه ، ثم أقرضه الدرهم لزم الرهن ، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة ، لأنه وثيقة بحق ، فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان ، أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك .

ولنا أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله ، فلم تصح قبله كالشهادة ، ولأن الرهن تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة ، والتمن لا يتقدم البيع ، وأما الضمان فيحتمل أن يمنع صحته ، وإن سلطنا فالفرق بينهما أن الضمان التزام مال تبرعا بالقول ، فجاز من غير حق ثابت كالتمن بخلاف الرهن .

« مسألة ، قال (ولا يصح الرهن إلا أن يكون مقبوضاً من جائر الأمر) »

يعنى لا يلزم الرهن إلا بالقبض ، وهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال بعض أصحابنا : ما كان مكيبلاً أو موزوناً لا يلزم رهنه إلا بالقبض ، وفيما عداهما روايتان .

إحدهما : لا يلزم إلا بالقبض والآخر : يلزم بمجرد العقد كالبيع ، وقد نص أحمد على هذا في رواية الميموني ، وحمل القاضي كلام الحرقى على المكيل والموزون خاصة ؛ وليس بصحيح ، فإن كلام الحرقى مع عموميه قد أتبعه بما يدل على إرادة التعميم ، وهو قوله : فإن كان مما ينقل فقبضه أخذه إياه من راحته منقولاً ، وإن كان مما لا ينقل كالدار والأرضين فقبضه بتخلية ، راحته بينه وبينه . وقال أحمد : في الدار والجارية إذا ردها إلى الراهن لم يكن رهنًا في الحال ،

وهذا كقول الخرقى ، وقال مالك : يلزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض ، لأنه عقد يلزم بالقبض فلزم قبله كالبيع .

ولنا قول الله تعالى (فرهن مقبوضة) وعصفاً بكونها مقبوضة ، ولأنه عقد ارفاق يفتقر الى القبول ، فافتقر الى القبض كالقرض ، ولأنه رهن لم يقبض فلا يلزم اقباضه ، كما لو مات الراهن ، ولا يشبه البيع ، فإنه معاوضة ، وليس بارفاق ، وقول الخرقى « من جاز الأمر » ، يعنى أن الراهن الذى يرهن ويقبض يكون جازاً التصرف فى ماله ، وهو الحر المكلف الرشيد ، ولا يكون محجوراً عليه لصغره أو جنونه أو سفهه أو فلس . ويعتبر ذلك فى حال رهنه واقباضه ، لأن العقد والتسليم ليس بواجب ، وإنما هو الى اختيار الراهن ، فإذا لم يكن له اختيار صحيح لم يصح ، ولأنه نوع تصرف فى المال ، فلم يصح من المحجور عليه من غير إذن كالبيع .

فإن جن أحد المتراهنين قبل القبض أو مات لم يبطل الرهن لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يبطل بمجنون أحد المتعاقدين أو موته ، كالبيع الذى فيه الخيار ، ويقوم ولى المجنون مقامه ، فإن كان المجنون الراهن وكان الحظ فى التقبض ، مثل أن يكون شرطاً فى بيع يستتضر بفسخه ونحوه أقبضه ، وإن كان الحظ فى تركه لم يجز له تقييضه ، وإن كان المجنون المرتهن قبضه وليه أن اختار الراهن . وإن امتنع لم يجبر ، وإذا مات قام وارثه مقامه فى القبض . فإن مات الراهن لم يلزم ورثته تقييضه ، لأنهم يقومون مقام الراهن ولم يلزمه ذلك ، فإن لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين فأحب الورثة تقييض الرهن جاز ، وإن كان عليه دين سواء فظاهر المذهب : أنه ليس للوارث تخصيص المرتهن بالرهن ، نص عليه أحمد فى رواية على بن سعيد ، وهو مذهب الشافعى .

وذكر القاضى فيه رواية أخرى . أن لهم ذلك ، أخذاً مما نقل ابن منصور وأبو طالب عن أحمد أنه قال : إذا مات الراهن أو أفلس فالمرتهن أحق به من الغرماء ، ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت أو قبله ، وهذا لا يعارض ما نقله على بن سعيد ، لأنه خاص وهذا عام ، والاستدلال به على هذه الصورة يضعف جداً لندرتها ، فكيف يعارض به الخاص ؟ لكن يجوز أن يكون هذا الحكم

مينياً على الرواية التي لا يعتبر فيها القبض في غير المكيل والموزون فيكون الرهن قد لزم قبل القبض ووجب تقييضه على الراهن ؛ فكذلك على وارثه ، ويختص هذا بما عدا المكيل والموزون ، وأما ما لم يلزم الرهن فيه فليس للورثة تقييضه ، لأن الغرماء تعلقت ديونهم بالتركة قبل لزوم حقه في الرهن ، فلم يجوز تخصيصه به بغير رضاهم ، كما لو أفلس الراهن ، إلا إذا قلنا إن للورثة التصرف في التركة ووفاء الدين من أموالهم .

فإن قيل فما الفائدة في القول بصحة الرهن إذا لم يخص به المرتين ؟ قلنا فائدته أنه يحتمل أن يرضى الغرماء بتسليمه إليه فيتم الرهن ، ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين ما قبل الإذن في القبض وما بعده ، لكون الإذن يبطل بالجنون والموت والإغناء والحجر .

(فصل)

ولو حجر على الراهن لفلس قبل التسليم لم يكن له تسليمه ، لأن فيه تخصيصاً للمرتين بضمنه . وليس له تخصيص بعض غرمائه ، وإن حجر عليه لسفه حكمه حكم ما لو زال عقله بجنون على ما أسلفناه ، وإن أغمى عليه لم يكن للمرتين قبض الرهن وليس لأحد تقييضه ، لأن المنع عليه لا ولاية عليه ، وإن أغمى على المرتين لم يكن لأحد أن يقوم مقامه في قبض الرهن أيضاً وانتظر إفاقته ، وإن خرس وكانت له كتابة مفهومة أو إشارة معلومة لحكمه حكم المتكلمين إن أذن في القبض جاز وإلا فلا ، وإن لم تفهم اشارته ولا كتابته لم يجوز القبض ، وإن كان أحد هؤلاء قد أذن في القبض لحكمه حكم من لم يأذن ، لأن أذنهم يبطل بما عرض لهم ، وجميع هذا تناوله قول الحرقى « من جاز الأمر ، وليس أحد من هؤلاء جاز الأمر » .

(فصل) إذا تصرف الراهن في الرهن قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق أو جعله صداقاً أو رهنة ثانياً بطل الرهن الأول ، سواء أقبض الهبة والمبيع والرهن الثاني أو لم يتقبضه ، لأنه أخرجه عن إمكان استيفاء الدين من ثمنه أو فعل ما يدل على قصده ذلك ، وإن دبر العبد أو أجره أو زوج الأمة لم يبطل الرهن ، لأن هذا التصرف لا يمنع البيع فلا يمنع صحة الرهن ، ولأنه لا يمنع ابتداء الرهن فلا

يقطع استدامته كاستخدامه ، وان كاتب العبد انبني على صحة رهن المكاتب ، فإن قلنا يجوز رهنه لم يطل رهنه ، وان قلنا لا يجوز رهنه بطل رهنه كما لو أعتنه .

(فصل)

واستدامة القبض شرط للزوم الرهن ، فإذا أخرج المرتهن عن يده باختياره زال لزوم الرهن : ويقى العتد كأنه لم يوجد فيه قبض ، سواء أخرجته بإجارة أو اعادة أو ايداع أو غير ذلك ، فإذا عاد فردة اليه عاد اللزوم بحكم العتد السابق ، قال أحمد في رواية ابن منصور : اذا ارتهن داراً ثم أكرها صاحبها خرجت من الرهن فإذا رجعت اليه صارت رهنا ، وقال فيمن رهن جارية ثم سأل المرتهن أن يبعثها اليه لتخبز لهم ، فبعث بها فوطئها انتقلت من الرهن ، فان لم يكن وطئها فلا شيء . قال أبو بكر : لا يكون رهنا في تلك الحال ، فإذا ردها رجعت الى الرهن ، وعن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة ، وهذا على القول الصحيح ، فأما على قول من قال : ابتداء القبض ليس بشرط ، فأولى أن يقول الاستدامة غير مشترطة : لأن كل شرط يعتبر في الاستدامة يعتبر في الابتداء ، وقد يعتبر في الابتداء مالا يعتبر في الاستدامة

قال أبو الخطاب : اذا قلنا القبض شرط في الابتداء كان شرطاً في الاستدامة وقال الشافعي استدامة القبض ليست شرطاً ، لانه عقد يعتبر القبض في ابتدائه ، فلم يشترط استدامته كالهبة .

ولنا قول الله تعالى (فمن مقبوضة) لأنها احدى حالتى الرهن ، فكان القبض فيها شرطاً كالابتداء ، ويفارق الهبة لأن القبض في ابتدائها يثبت الملك ، فإذا ثبت استغنى عن القبض ثانياً والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه ، فإذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه ولم تحصل وثيقة ، وان أزيلت يد المرتهن لغير حق كغصب أو سرقة أو اباق العبد أو ضياع المتاع ونحو ذلك لم يزل لزوم الرهن ، لأن يده ثابتة حكماً فكأنها لم تزل

(فصل) وليس للمرتهن قبض الرهن الا بإذن الراهن ، لانه لا يلزمه تقيضه فاعتبر اذنه في قبضه كالأهـب ، فإن تعدى المرتهن قبضه بغير اذن لم يثبت حكمه

وكان بمنزلة من لم يقبض ، وإن أذن الراهن في القبض ثم رجع عن الإذن قبله زال حكم الاذن وإن رجع عن الاذن بعد قبضه لم يؤثر رجوعه . لأن الرهن قد لزوم لاتصال القبض به وكل موضع زال لزوم الرهن لزوال القبض اعتبر الاذن في القبض الثاني لأنه قبض يلزم به الرهن أشبه الاول . ويقوم ما يدل على الاذن مقامه ، مثل إرساله العبد الى مرتهنه ورده لما أخذه من المرتهن الى يده ونحو ذلك لأن ذلك دليل على الاذن ، فاكفى به كدعاء الناس الى الطعام وتقديمه بين أيديهم يجرى مجرى الاذن في أكله

« مسألة ، قال () والقبض فيه من وجهين ، فإن كان مما ينقل فقبض المرتهن له أخذه إياه من راعته منقولا ، وإن كان مما لا ينقل كالدار والارضين فقبضه تخلية راعته بينه وبين مرتهنه لا حائل دونه ()

وجملة ذلك أن القبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة ، فإن كان منقولا فقبضه نقله أو تناوله ، وإن كان أثمانا أو شيئا خفيفا يمكن قبضه باليد فقبضه تناوله بها ، وإن كان مكيلا رهنه بالكيل أو موزونا رهنه بالوزن فقبضه اكتياله أو اتزانه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا سميت الكيل فكل » وإن ارتهن الصبرة جزافا أو كان ثيابا أو حيوانا فقبضه نقله . لقول ابن عمر « كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا » ، فنهانا النبي صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه « متفق عليه » ، وإن كان الرهن غير منقول كالعقار والثمرة على الشجرة فقبضه التخلية بين مرتهنه وبينه من غير حائل . بأن يفتح له باب الدار أو يسلم اليه مفتاحها ، وإن خلى بينه وبينها وفيها قماش للراهن صح التسليم ، لأن اتصالها بملك الراهن لا ينزع صحة التسليم كالثمرة في الشجرة . وكذلك لو رهنه دابة عليها حمل للراهن فنسبها إليه صح التسليم ، ولو رهن الحمل وهو على الدابة وسلمها اليه بحملها صح القبض لأن القبض حصل فيها جميعا فيكون موجودا في الرهن منهما . (فمصل) وإن رهنه سهما مشاعا مما لا ينقل خلى بينه وبينه ، سواء حضر الشريك أو لم يحضر ، وإن كان منقولا كالجوهره يرهن نصفها فقبضها تناولها ، ولا يمكن تناولها الا برضا الشريك ، فإن رضى الشريك تناولها ، وإن امتنع

الشريك فرضى المرتين والراهن بكونها في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض، وإن تنازع الشريك والمرتن نصب الحاكم عدلاً تكون في يده لها، وإن ناولها الراهن للمرتن بغير رضا الشريك فتناولها، فإن قلنا استدامة القبض شرط لم يكفه ذلك التناول، وإن قلنا ليس بشرط فقد حصل القبض، لأن الرهن حصل في يده مع التعدى في غيره، فأشبه ما لو رهنه ثوباً فسلمه إليه مع ثوب لغيره فتناولها معاً ولو رهنه ثوباً فاشتبه عليه بغيره فسلم إليه أحدهما لم يثبت القبض، لأنه لا يعلم أنه أقبضه الرهن، فإن تبين أنه الرهن تبين صحة التسليم، وإن سلم إليه الثوبين معاً حصل القبض لأنه قد تسلم الرهن يقيناً.

فصل

ولو رهنه داراً تخلى بينه وبينها وهما فيها، ثم خرج الراهن صح القبض، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يخلى بينه وبينها بعد خروجه منها، لأنه ما كان في الدار فيده عليها فما حصلت التخلية ولنا أن التخلية تصح بقوله مع التمسكين منها وعدم المانع، فأشبه ما لو كانا خارجين عنها، ولا يصح ما ذكره، ألا ترى أن خروج المرتن منها لا يزيل يده عنها، ودخوله إلى دار غيره لا يثبت يده عليها؟ ولأنه بخروجه عنها يحقق لقوله فلا معنى لإعادة التخلية.

(فصل) وإن رهنه مالا له في يد المرتن عارية أو ودیعة أو غصبا أو نحوه صح الرهن لأنه مالك له يمكن قبضه فصح رهنه كما لو كان في يده، وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن بنفس العقد من غير احتیاج إلى أمر زائد، فإنه قال: إذا حصلت الودیعة في يده بعد الرهن فهو رهن، فلم يعتبر أمراً زائداً، وذلك لأن اليد ثابتة والقبض حاصل، وإنما يتغير الحكم لا غير، ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض كما لو طو لب بالودیعة لجحدها لتغير الحكم وصارت مضونة عليه من غير أمر زائد ولو عاد الجاحد فأقر بها وقال لصاحبها خذ ودیعتك، فقال دعها عندك ودیعة كما كانت ولا ضمان عليك فيها لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد

وقال القاضي وأصحاب الشافعي: لا يصير رهنًا حتى تمضي مدة يتأق قبضه فيها، فإن كان منقولا فبمضي مدة يمكن نقله فيها، وإن كان مكبلاً فبمضي مد

يمكن اكتياله فيها ، وإن كان غير منقول فبمضى مدة التخلية ، وإن كان غائبا عن المرتهن لم يصير مقبوضا حتى يوافيه هو أو وكيله ، ثم تمضى مدة يمكن قبضه فيها ، لأن العقد يفترق إلى القبض ، والقبض إنما يحصل بفعله أو بإمكانه ، ويكفي ذلك ولا يحتاج إلى وجود حقيقة القبض ، لأنه مقبوض حقيقة ؛ فإن تلف قبل مضى مدة يتأتى قبضه فيها فهو كتلف الرهن قبل قبضه ، ثم هل يفترق إلى الإذن من الرهن في القبض ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما يفترق لأنه قبض يلزم به عقد غير لازم ، فلم يحصل بغير إذن كما لو كان في يد الراهن ، وإقراره في يده لا يكفي ، كما لو أقر المنصوب في يد غاصبه مع إمكان أخذه منه

والثاني لا يفترق إلى إذن في القبض لأن إقراره له في يده بمنزلة إذنه في القبض فإن أذن له في القبض ثم رجع عنه قبل مضى مدة يتأتى القبض فيها لم يلزم الرهن حتى يعود فيأذن ، ثم تمضى مدة يقبضه في مثلها

(فصل) فإذا رغبه المضمون كالمقنوب والعارية والمقبوض في بيع فاسد أو على وجه السوم صح زوال الضمان . وهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعي لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن ، والحكم الذي كان ثابتا فيه يبقى بحاله لأنه لا تنافي بينهما ، بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضمونا ضمان الغصب وهو رهن كما كان فكذلك ابتداءه ، لأنه أحد حالات الرهن

ولنا أنه مأذون له في إمساكه رهنا لم يتجدد منه فيه عدوان ، فلم يضمه كما لو قبضه منه ثم أقبضه إياه أو أبرأه من ضمانه . وقولهم لا تنافي بينهما ممنوع ، فإن الغاصب يده عادية يجب عليه إزالتها ، ويد المرتن محقة جعلها الشرع له ، ويد المرتن يد أمانة ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضمانة ، وهذان متنافيان ولأن السبب المقتضى للاضمان زال فزال الضمان لزواله ، كما لو رده إلى مالك . وذلك لأن سبب الضمان الغصب والعارية ونحوهما . وهذا لم يبق غاصبا ولا مستعيرا ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدث سبب يخالف حكمه حكمه . وأما إذا تعدى في الرهن فإنه يلزمه الضمان لعدوانه لا لكونه غاصبا ولا مستعيرا .
وهنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجب فلم يثبت

(فصل) ويجوز أن يركل في قبض الرهن ، ويقوم قبض وكيله مقام قبضه في لزوم الرهن وسائر أحكامه ، وإن وكل المرتين الراهن في قبض الرهن له من نفسه لم يصح ، ولم يكن ذلك قبضاً لأن الرهن وثيقة ليست في الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن فإذا كان في يد الراهن لم يحصل معبر الوثيقة ، وقد ذكرنا في البيع أن المشتري لو دفع إلى البائع غرارة وقال : كل حق في هذه ففعل ، كان ذلك قبضاً فيخرج ههنا كذلك .

(فصل) وإذا أقر الراهن بتقبض الرهن أو أقر المرتن بقبضه كان ذلك مقبولا فيما يمكن صدقهما فيه ، وإن أقر الراهن بالتقبض ، ثم أنكره وقال : أقررت بذلك ولم أكن قبضت شيئا أو أقر المرتن بالقبض ثم أنكر ، فالقول قول المقر له ، فإن طلب المنكر يمينه ففيه وجهان :

أحدهما . لا يلزمه يمين لأن الإقرار أقوى من البينة ، ولو قامت البينة بذلك وطلب المشهود عليه يمين خصمه لم يقبل منه فكذلك الإقرار .

والثاني : يلزمه اليمين ، وهو قول الشافعي في منصوصه لأن العادة جارية بأن الإنسان يشهد على نفسه بالقبض قبله ، فتسمع دعواه ويلزم خصمه اليمين لما ذكرنا من حكم العادة وهذا أجود ، ويفارق البينة فإنها لا تشهد بالحق قبله ولو فعلت ذلك لم تكن بينة عادلة .

وقال القاضي : أن كان المقر غائبا فقال : أقررت لأن وكيلك كتب إلى بذلك ، ثم بان لي خلافه : سمعنا قوله ، وأحلفنا خصمه وإن أقر أنه باشر ذلك بنفسه ثم عاد فأكذب نفسه لم يحلف خصمه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

فأما أن اختلفا في القبض فقال المرتن : قبضته وأنكر الراهن ، فالقول قول من هو في يده لأنه أن كان في يد الراهن فالاصل معه وهو عدم الاقباض ، ولم يوجد ما يدل على خلافه ، وإن كان في يد المرتن فقد وجد القبض لكونه لا يحصل في يده إلا بعد قبضته ، وإن اختلفا في الاذن فقال الراهن : أخذته بغير اذن . قال . بل ياذنك وهو في يد المرتن ، فالقول قوله لأن الظاهر معه فإن العقد قد وجد ويده تدل على أنه يحق ، ويحتمل أن يكون القول قول الراهن لأن الاصل عدم الاذن ، وهذا مذهب الشافعي ، وذكر القاضي هذين الوجهين .

فصل

واذا رهنه عينين فتلفت احدهما قبل قبضها انفسخ العقد فيها دون الباقية لان العقد كان صحيحا فيهما وانما طرأ انفساخ العقد في احدهما فلم يؤثر ، كما لو اشترى شيئين ثم رد أحدهما بعيب أو خيار أو اقالة ، والراهن مخير بين اقباض الباقية وبين منعها ، وان كان التلف بعد قبض الاخرى فقد لزم الرهن فيها فإن كان الرهن مشروطا في بيع ثبت للبائع الخيار لتعذر الرهن بكاله فإن رضى لم يكن له المطالبة ببدل التالفة لان الرهن لم يلزم فيها وتكون المقبوضة رهنًا بجميع الثمن . ولو تلفت احدى العينين بعد القبض فلا خيار للبائع لان الرهن لو تلف كله لم يكن لمخيار فإذا تلف بعضه أولى ، ثم ان كان تلفها بعد قبض العين الاخرى فقد لزم الرهن فيها ، وان كان قبل قبض الاخرى فالراهن مخير بين اقباضها وبين تركه فان امتنع من تقييدها ثبت للبائع الخيار كما لو لم تلف الاخرى .

• (فصل وان رهنه داراً فانهدمت قبل قبضها لم ينفسخ عقد الرهن لان ماليتها لم تذهب بالسكنية فان عرصتها وأقفاؤها باقية ، وبثبت للمرتهن الخيار ان كان الرهن مشروطا في بيع لانها تعينت ونقصت قيمتها .

فان قيل فلم لا ينفسخ عقد الرهن كما تنفسخ الاجارة ؟

قلنا الاجارة عقد على منفعة السكنى ، وقد تعذرت وعدمت فبطل العقد لعدم المعقود عليه ، والرهن عند استيثاق يتعلق بالاعيان التي فيها المالية وهي باقية فعلى هذا تكون العرصية والاتقاض من الاخشاب والاحجار ونحوها من الرهن لان العند ورد على جميع الاعيان والاتقاض منها ؛ وما دخل في العند استقر بالقبض .

(فصل وكل عين جازيها جاز رهنها لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل الى استيفائه من ثمن الرهن ان تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن ، وهذا يتحقق في كل عين جازيها ولان ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الرهن ، ومحل الشيء محل لحكمته الا أن يمنع مانع من ثبوته أو يفوت شرط فينتفى الحكم لاستيفائه فيصح رهن المشاع لذلك ، وبه قال ابن أبي ليلى ومالك والبيه والاوزاعي وسوار والعنبري والشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي : لا يصح رهنه الا أن يرهنه

من شريكه أو يرهنها الشريكان من رجل واحد ، أو يرهن رجلا داره من رجلين فيقبضانها معاً لأنه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصل به فلم يصح كما لو تزوج أخته من الرضاع .

بيانه أن مقصوده الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتن حبسه لأن شريكه ينتزعه يوم نوبته ولأن استدامة القبض شرط ، وهذا يستحق زوال اليد عنه لمعنى قارن العقد فلم يصح رهنه كالمغصوب .

ولنا أنها عين يجوز بيعها في محل الحق فيصح رهنها كالمقرضة ، ولا نسلم أن مقصوده الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره ، والمشاع قابل لذلك ثم يبطل ما ذكره برهن القاتل والمردد والمغصوب ورهن ملك غيره بغير إذنه من غير ولاية فإنه يصح عندهم .

(فصل)

ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع كما يصح أن يرهن جميعه ، سواء رهنه مشاعاً في نصيبه ، مثل أن يرهن نصف نصيبه ، أو يرهن نصيبه من معين ، مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه ، وقال القاضي : يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شيء تمكن قسمته لاحتمال أن يقسم الشريك فيحصل الرهن في حصة شريكه .

ولنا أنه يصح بيعه فصيح رهنه كغيره ، وما ذكره لا يصح لأن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتن ، فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع من بيعه .

(فصل) ويصح رهن المرتد والقاتل في المحاربة والجاني ، سواء كانت جنائته عمداً أو خطأ على النفس وما دونها ، وقال القاضي : لا يصح رهن القاتل في المحاربة واختار أبو بكر : أنه لا يصح رهن الجاني وهو مذهب الشافعي ، ومبنى الخلاف في هذا : على الخلاف في بيحه وقد سبق الكلام فيه في موضعه ثم إن كان المرتن عالماً بحاله فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة ، فأشبه المشتري إذا علم العيب وإن لم يكن عالماً ثم علم بعد إسلام المرتد وفداء الجاني فكذلك لأن العيب

زال ، فهو كما لو زال عيب المبيع ، وإن علم قبل ذلك فله رده وفسخ البيع إن كان مشروطا في عقد بيع لأن الشرط اقتضاه سلبا فإذا سلم إليه مبيعا ملك الفسخ كالبيع ، وإن اختار إمساكه فليس له أرش ولا شيء لأن الرهن بمجملته لو تلف قبل قبضه لم يملك بدله فبعضه أولى ، وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص ، أو أخذ في الجناية فلا أرش للرتن ، وذكر القاضي : أن قياس المذهب : أن له الأرش في هذه المواضع قياسا على البيع ، وليس الأمر كذلك فإن المبيع عوض عن الثمن فإذا فات بعضه رجع بما يقابله من الثمن ولو فات كله ، مثل أن يتلف المبيع قبل قبضه رجع بالثمن كله ، والرهن ليس بعوض ، ولو تلف كله قبل القبض لما استحق الرجوع بشيء ، فكيف يستحق الرجوع ببدل عيبه أو فوات بعضه ؟ وإن امتنع السيد من فداء الجاني لم يجبر ؛ ويباع في الجناية لأن حق المجنى عليه مقدم على الرهن فأشبه ما لو حدثت الجناية بعد الرهن فعلى هذا إن استغرق الأرش قيمته بيع وبطل الرهن ، وإن لم يستغرقه بيع منه بقدر الأرش والباقي رهن .

(فصل) ويصح رهن المدبر في ظاهر المذهب بناء على جواز بيعه ، ومنع منه أبو حنيفة والشافعي لأنه علق عتقه بصفة أشبه ما لو علق عتقه بصفة توجد قبل حلول الحق . ولنا أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين أشبه الاجارة ولأنه علق عتقه بصفة لا يمنع استيفاء الحق أشبه ما لو علقه بصفة توجد بعد حلول الحق ، وما ذكره ينتقض بهذا الأصل ؛ ويفارق التديير التعليق بصفة تحل قبل حلول الدين لأن الرهن لا يمنع عتقه بالصفة فإذا عتق تعذر استيفاء الدين منه فلا يحصل المقصود ، والدين في المدبر يمنع عتقه بالتديير ويتم عليه فلا يمنع حصول المقصود والحكم فيما إذا علم التديير أو لم يعلم كالحكم في العبد الجاني على ما فصل فيه ، ومتى مات السيد قبل الوفاء فعتق المدبر بطل الرهن ؛ وإن عتق بعضه بقي الرهن فيباقي وإن لم يكن للسيد مال يفصل عن وفاء الدين بيع المدبر في الدين ، وبطل التديير لأن الدين مقدم على التديير ولا يبطل الرهن ، وإن كان الدين لا يستغرقه بيع منه بتدبر الدين وعتق منه ثلث الباقي وما بقي للورثة .

(فصل) فأما المكاتب فالصحيح : أنه لا يصح رهنه ، وهو مذهب الشافعي لأن استدامة القبض في الرهن شرط في الصحيح ولا يمكن ذلك في المكاتب ، وقال القاضي : قياس المذهب صحة رهنه ، وهو مذهب مالك ، لأنه يجوز بيعه وإيفاء الدين من ثمنه ، فعلى هذا يكون ما يؤديه من نجوم كتابته رهنا معه فإن عجز ثبت الرهن فيه وفي اكتسابه ، وإن عتق كان ما أداه من نجومه رهناً ، بمنزلة ما لو كسب العبد القن ثم مات .

(فصل) وأما من علق عتقه بصفة تحل قبل حلول الحق كمن علق عتقه بهلال رمضان وحل الحق آخره لم يصح رهنه لكونه لا يمكن بيعه عنه حلول الحق ولا استيفاء الدين من ثمنه ، وإن كان الدين يحل قبلها مثل أن يعلق عتقه بآخر رمضان . والحق يحل في أوله صح رهنه لإمكان استيفاء الدين من ثمنه فإن كانت تحتل الأمرين كقدوم زيد ، فقياس المذهب . صحة رهنه لأنه في الحال يحل للرهن يمكن أن يبقى حتى يستوفي الدين من ثمنه فصح رهنه كالمرضى والمدير ، وهذا مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه ، ويحتمل أن لا يصح رهنه لأن فيه غرراً ، إذ يحتمل أن يعتق قبل حلول الحق ، ولا صحاب الشافعي فيه اختلاف على نحو ما ذكرنا .

(فصل) ويجوز رهن الجارية دون ولدها ، ورهن ولدها دونها لأن الرهن لا يزيل الملك ، فلا يحصل بذلك تفرقة ، ولأنه يمكن تسليم الولد مع أمه . والام مع ولدها فإن دعت الحاجة إلى بيعها في الدين يبع ولدها معها لأن الجمع في العقد ممكن ، والتفريق بينها حرام ، فوجب بيعه معها فإذا يبعها معها تعلق حق المرتن من ذلك بقدر قيمة الجارية من الثمن فإذا كانت قيمتها مائة مع أنها ذات ولد ، وقيمة الولد خمسون ، فخصتها ثلثا الثمن ، وإن لم يعلم المرتن بالولد ثم علم فله الخيار في الرد والامساك لأن الولد عيب فيها لكونه لا يمكن بيعها بدونه فإن أمسك فهو كما لو علم حال العتد ، ولا شيء له غيرها ؛ وإن ردها فله فسخ البيع ؛ إن كانت مشروطة فيه

(فصل) ويصح رهن ما يسرع إليه الفساد ؛ سواء كان مما يمكن إصلاحه بالتجفيف ، كالعنب والرطب ، أو لا يمكن كالبطيخ والطبيخ ثم إن كان مما

يخفف فعلى الراهن تخفيفه ، لأنه من مؤنة حفظه وتبقيته ، فيلزم الراهن كنفقة الحيوان ، وإن كان عما لا يخفف ، فإنه يباع ويقضى الدين من ثمنه ، إن كان حالا أو يحل قبل فساد ، وإن كان لا يحل قبل فساد جعل ثمنه مكانه رهنا ، سواء شرط في الرهن بيعه أو أطلق ، وقال أصحاب الشافعي : إن كان بما يفسد قبل حل الدين ، فشرط المرتهن على الراهن بيعه وجعل ثمنه مكانه صح ، وإن أطلق فعلى قولين (أحدهما) لا يصح ، لأن بيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب ولم يصح رهنه كما لو شرط أن لا يبيعه ، وذكر القاضي فيه وجهين كالقولين .

وأما أن العرف يقتضى ذلك . لأن المالك لا يعرض ملكه للتلف والهلاك فإذا تعين حفظه في بيعه حمل عليه مطلق العقد ، كتخفيف ما يخفف والاتفاق على الحيوان وحرز ما يحتاج الى حرز ، وأما إذا شرط أن لا يباع فلا يصح ، لأنه شرط ما يتضمن فساد وفوات المقصود ؛ فأشبهه ما لو شرط أن لا يخفف ما يخفف أو لا ينفق على الحيوان .

وإذا ثبت ما ذكرناه فإنه إن شرط للمرتهن بيعه أو أذن له في بيعه بعد العقد أو اتفقا على أن يبيعه الراهن أو غيره باعه ، وإن لم يكن ذلك باعه الحاكم وجعل ثمنه رهنا ، ولا يقضى الدين من ثمنه ، لأنه ليس له تعجيل وفاة الدين قبل حلوله ، وكذلك الحكم إن رهنه ثيابا تخاف فسادها كالصوف : أتى السلطان فأمره ببيعها .

(فصل) ويجوز رهن العصير ، لأنه يجوز بيعه ، وتعرضه للخروج عن المالية لا يمنع صحة رهنه كالمرضى والجاني ، ثم إن استحالة الحال لا يخرج فيها عن المالية كالحل ، فالرهن بحاله ، وإن صار خرا زال لزوم العقد ووجب إراقته ، فإن أريق بطل العقد فيه ، ولا خيار للمرتهن ، لأن التلف حصل في يده ، وإن عاد خلا عاد اللزوم بحكم العقد السابق كما لو زالت يد المرتهن عن الرهن ثم عادت إليه ، وإن استحالة خرا قبل قبض المرتهن له بطل الرهن ، ولم يعد بعوده خلا ؛ لأنه عقد ضعيف — لعدم القبض فيه فأشبهه اسلام أحد الزوجين قبل الدخول .

وذكر القاضي : أن العصور إذا استحال خيراً بعد القبض بطل الرهن ، ثم إذا عاد خلا عاد ملكاً لصاحبه مرهناً بالعقد السابق ، لأنه يعود مملوكاً بحكم الملك الاول فيعود حكم الرهن أيضاً ، لأنه زال بزوال الملك فيعود بعوده ، وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة : هو رهن بحاله ، لأنه كانت له قيمة حاله كونه عصوراً ، ويجوز أن يصير له قيمة ، فلا يجوز أن يزول الملك عنه ، كما لو ارتد الجاني ، ولأن اليد لم تزل عنه حكماً ، ولهذا لو غصبه غاصب فتدخل في يده كان ملكاً للمغضوب منه ، ولو زالت يده لكان ملكاً للغاصب ، كما لو أراقه فجمعه إنسان فتدخل في يده كان له دون من أراقه ، وهذا القول هو قولنا الاول في المعنى إلا أن يقولوا ببقاء اللزوم فيه حال كونه خمرًا ، ولم يظهر لي فائدة الخلاف بعد اتفاقهم على عوده رهناً باستحالاته خلا وأرى القول ببقائه رهناً أقرب إلى الصحة لأن العقد لو بطل لما عاد صحيحاً من غير ابتداء عقد .

فإن قالوا : يمكن عوده صحيحاً لعود المعنى الذي بطل بزواله كما أن زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد لاختلاف دينهما ، فإذا أسلم الزوج في العدة عادت الزوجية بالعقد الاول ، لزوال الاختلاف في الدين .

قلنا : هناك ما زالت الزوجية ولا بطل العقد ، ولو بطل بانقضاء العدة لما عاد إلا بعقد جديد ، وإنما العقد كان موقوفاً مراعى ، فإذا أسلم في العدة تبين أنه لم يبطل وأن لم يسلم تبين أنه كان قد بطل : وههنا قد جزمتم ببطلانه .

(فصل) وهل يصح رهن اثرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع أو الزرع الأخضر ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يجوز ، وهو اختيار القاضي ، لأن الضرر يقل فيه ، فإن اثرة متى تلفت عاد إلى حقه في ذمة الراهن ، ولأنه يجوز بيعه فجاز رهنه ، ومتى حل الحق بيع ، وإن اختار المرتهن تأخير بيعه فله ذلك .

والثاني : لا يصح . وهو متصوّر للشافعي ، لأنه لا يجوز بيعه ، فلا يصح رهنه ، كسائر مالا يجوز بيعه ، وذكر القاضي : أنه يجوز رهن المبيع الذي يشترط قبضه ، كالمكيل والموزون قبل قبضه ، لأن قبضه مستحق ، فيمكن

المشترى قبضه ثم يقبضه ، أما البيع فإنه يفضى الى أن يربح فيما لم يضمن ، وهو منى عنه ، ويحتمل أن لا يصح رهنه ، لأنه لا يصح بيعه .

(فصل) وفي رهن المصحف روايتان .

إحداهما . لا يصح رهنه ، نقل الجماعة عنه : لا أخص في رهن المصحف ، وذلك لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ، ولا يحصل ذلك الا ببيعه وبيعه غير جائز .

والثانية : يصح رهنه ، فإنه قال : اذا رهن مصحفا لا يقرأ فيه إلا ياذنه ، فظاهر هذا صحة رهنه ، وهو قول مالك والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ، بناء على أنه يصح بيعه ، فصح رهنه كغيره .

(فصل) ويجوز أن يستعير شيئا يرهنه ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئا يرهنه على دنائير معلومة عند رجل سماه الى وقت معلوم ففعل : أن ذلك جائز ، وينبغى أن يذكر المرتهن والقدر الذى يرهنه به وجنسه ومدة الرهن ، لأن الضرر يختلف بذلك ، فاحتيج إلى ذكره كأصل الرهن ، ومتى شرط شيئا من ذلك يخالف ورهنه بغيره لم يصح الرهن ، لأنه لم يؤذن له في هذا الرهن فأشبهه من لم يأذن في أصل الرهن .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على ذلك ، وإن أذن له في رهنه بقدر من المال فنقص عنه ، مثل أن يأذن له في رهنه بمائة فيرهنه بخمسين صح ، لأن من أذن في مائة ، فقد أذن في خمسين ، وإن رهنه بأكثر مثل أن رهنه بمائة وخمسين احتمل أن يبطل في الكل ، لأنه خالف المتصوص عليه فبطل ، كما لو قال . أرهنه بدنانير فرهنه بدراهم ، أو بحال فردنه بمؤجل ، أو بمؤجل فرهنه بحال ، فإنه لا يصح كذلك ههنا : وهذا متصوص الشافعى .

والوجه الثانى : أنه يصح في المائة ، ويبطل في الزائد عليها ، لأن العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز فجاز فيما يجوز دون غيره ، كتفريق الصفقة ، ويفارق ما ذكرنا من الاصول ، فإن العقد لم يتناول مأذوناً فيه بحال ، وكل واحد من هذه الامور يتعلق به غرض لا يوجد فى الآخر . فان الراهن قد يقدر على فكاكه فى الحال ، ولا يقدر على ذلك عند الاجل وبالعكس ، وقد يقدر على فكاكه بأحد

النقدين دون الآخر فيفوت الغرض بالمخالفة ، وفي مسألتنا إذا صحح في المائة المأذون فيها لم يختلف الغرض ، فإن أطلق الرهن في الإذن من غير تعيين ، فقال القاضي يصح وله رهنه بما شاء ، وهو قول أصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي .

والآخر : لا يجوز حتى يبين قدر الذي رهنه به وصفته وحلوله وتأجيله ، لأن هذا بمنزلة الضمان ، لأن منفعة العبد لسيدته ، والعارية ما أفادت المنفعة ، إنما حصلت له نفعا يكون الرهن وثيقة عنه : فهو بمنزلة الضمان في ذمته وضمان المجهول لا يصح .

ولنا أنها عارية فلم يشترط لصحتها ذكر ذلك كالعارية لغير الرهن ، والدليل على أنه عارية : أنه قبض ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير عوض ، فكان عارية كقبضه للخدمة .

وقولهم : إنه ضمان غير صحيح ، لأن الضمان يثبت في الذمة ، ولهذا ثبت في الرقبة ، ولأن الضمان لازم في حق الضامن ، وهذا له رجوع في العبد قبل الرهن والزام المستعير بفكاكه بعده .

وقولهم : أن المنافع للسيد : قلنا : المنافع مختلفة ، فيجوز أن يستعيره لتحصيل منفعة واحدة ، وسائر المنافع للسيد كما لو استعاره لحفظ متاع ، وهو مع ذلك يخطط لسيدته ، أو يعمل له شيئاً أو استعاره ليخطط له ويحفظ المتاع لسيدته .

فإن قيل : لو كان عارية لما صح رهنه : لأن العارية لا تلزم والرهن لازم قلنا : العارية غير لازمة من جهة المستعير ، فإن لصاحب العبد المطالبة بفكائه قبل حلول الدين ، ولأن العارية قد تكون لازمة ، بدليل ما لو أعاره حائطاً لبنى عليه أو أرضاً ليدفن فيها أو ليزرع فيها ما لا يحصد قصيلاً .

إذا ثبت : هذا فإنه يصح رهنه بما شاء ، إلى أن وقت ناء من شاء ، لأن الإذن يتناول الكل باطلاقة ، وللسيد مطالبة الراهن بفكائه الرهن ، حالاً كان أو مؤجلاً في محل الحق وقبل محله ، لأن العارية لا تلزم ، ومتى حل الحق فلم يقضه فالمرتبه يبع الرهن واستيفاء الدين من ثمنه ، ويرجع المعير على الراهن بالضمان ، وهو قيمة العين المستعارة ، أو مثلها إن كانت من ذوات الأمشال ، ولا يرجع بما بيعت به ، سواء بيعت بأقل من القيمة أو أكثر في أحد الوجهين ، والصحيح :

أنها ان بيعت بأقل من قيمتها رجع بالقيمة لأن العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها وإن بيعت بأكثر رجع بما بيعت به ، لأن العبد ملك للبعير فيكون ثمنه كله له ، وكذلك لو أسقط المرتهن حقه عن الراهن رجع الثمن كله الى صاحبه ، فإذا قضى به دين الراهن رجع به عليه ، ولا يلزم من وجوب ضمان النقص أن لا تكون الزيادة لصاحب العبد ، كما لو كان باقياً بعينه ، وإن تلف الرهن ضمنه الراهن بقيمته ، سواء تلف بتفريط أو غير تفريط ، نص على هذا أحمد ، وذلك لأن العارية مضمونة .

فصل

وان فك المعير الرهن فأدى الدين الذى عليه بإذن الراهن رجع عليه ، وان قضاه متبرعاً لم يرجع بشيء ؛ وان قضاه بغير إذنه محتسباً بالرجوع بغير إذنه فهل يرجع ؟ على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير إذنه ، ويترجح الرجوع ههنا ، لأن له المطالبة بفكك عبده ، وأداء دينه فكاً ، وان اختلفا فى الإذن فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه منكر ، وان شهد المرتهن للمعير قبلت شهادته ، لأنه لا يجر بها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً .

وان قال : أذنت لى فى رهنه بعشرة قال : بل بخمسة فالقول قول المالك ، لأنه منكر للزيادة ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وان كان الدين مؤجلاً فقضاه حالاً بإذنه رجع به حالاً ، وان قضاه بغير إذنه : فقال القاضى : يرجع به حالاً أيضاً ، لأنه له المطالبة بفكك عبده فى الحال .

(فصل) ولو استعار من رجل عبداً ليرهنه بمائة فرهنه عند رجلين صح ، لأن تعيين ما يرهن به ليس بشرط ، فكذلك من يرهن عنده ، ولان رهنه من رجلين أقل ضرراً من رهنه عند واحد ، لأنه ينفك منه بعضه بقضاء بعض الدين بخلاف ما لو كان رهناً عند واحد ، فلى هذا إذا قضى أحدهما ما عليه من الدين خرج نصيبه من الرهن ، لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان فى الحقيقة ، ولو استعار عبداً من رجلين فرهنه عند واحد بمائة فقضاه نصفها عن أحد النصيبين ففيه وجهان :

أحدهما . لا ينفك من الرهن شيء ، لأنه عقد واحد من رهن واحد مع مرتين واحد ، فأشبه ما لو كان العبد لواحد .

والثاني ينفك نصف العبد لأن كل واحد منهما إنما أذن في رهن نصيبه بخمسين فلا يكون رهنا بأكثر منها كما لو صرح له بذلك ، فقال ارهن نصيبى بخمسين لا تزيد عليها ، فعلى هذا الوجه إن كان المرتهن عالما بذلك فلا خيار له ، وإن لم يكن عالما بذلك والرهن مشروط في بيع احتمل أن يكون له الخيار ، لأنه دخل على أن كل جزء من الرهن وثيقة بجميع الدين وقد فاته ذلك ، ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين ف قضى أحدهما انفك نصيب كل واحد من المعيرين من نصفه ، وإن قضى نصف دين أحدهما انفك في نصيب أحدهما على أحد الوجهين . وفي الآخر ينفك نصف نصيب كل واحد منهما . والله أعلم

(فصل)

ولو كان لرجلين عبدان فأذن كل واحد منهما لشريكه في رهن نصيبه من أحد العبدين ف رهناهما عند رجل مطلقا صح : فإن شرط أحدهما أنى متى قضيت ماعلى من الدين انفك الرهن في العبد الذى رهنته وفي العبد الآخر وفي قدر نصيبى من العبد الآخر ، فهذا شرط فاسد لأنه شرط أن ينفك بقضاء الدين رهن على دين آخر ويفسد الرهن ، لأن في هذا الشرط نقضا على المرتهن وكل شرط فاسد ينقص حق المرتهن يفسد الرهن ، فأما إن شرط أنه لا ينفك شيء من العبد حتى يقضى جميع الدين فهو فاسد أيضا ؛ لأنه شرط أن يبقى الرهن محبوسا بغير الدين الذى هو رهن به ، لكنه لا ينقص حق المرتهن ، فهل يفسد الرهن بذلك ؟ على وجهين

(فصل) ولا يصح رهن مالا يصح بيعه : كأم الولد والوقف والعين المرهونة لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه ، ومالا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه ، ولو رهن العين المرهونة عند المرتهن لم يجوز ، فلو قال الراهن للمرتهن : زدنى مالا يكون الرهن الذى عندك رهنا به وبالدين الأول لم يجوز ، وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد وهو أحد قولى الشافعى . وقال مالك وأبو يوسف وأبو ثور والمزنى وابن المنذر يجوز ذلك لأنه لو زاده رهنا جاز ؛ فكذلك إذا زاد في دين الرهن ، ولأنه لو فدى المرتهن العبد الجانى بإذن الراهن ليكون رهنا بالمال الأول وبما فداء به جاز فكذلك ههنا ، ولأنها وثيقة محصنة تجاوزت الزيادة فيها كالضمان

ولنا أنها عين مرهونة فلم يجوز رهنها بدين آخر، كما لو رهنها عند غير المرتن، فأما الزيادة في الرهن فيجوز لأنه زيادة استيثاق بخلاف مسألتنا. وأما العبد الجاني فيصح فداؤه ليكون رهنا بالفداء والمال الأول؛ لكون الرهن لا يمنع تعلق الارش بالجاني لكون الجناية أقوى، ولأن لولى الجناية المطالبة ببيع الرهن وإخراجه من الرهن، فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه، ويجوز أن يزيد في الرهن الجائز حقا قبل لزومه، فكذلك إذا صار جائزا بالجناية. ويشارك الرهن الضمان فإنه يجوز أن يضمن لغيره

إذا ثبت هذا فرهنه بحق ثان كان رهنا بالأول خاصة، فإن شهد بذلك شاهدان يعتقدان فساده لم يكن لهما أن يشهدا به، وإن اعتقدا صحته لم يكن لهما أن يشهدا أنه رهنه بالحقين مطلقا، بل يشهدان بكيفية الحال ليرى الحاكم فيه رأيه

(فصل)

وأما رهن سواد العراق والارض الموقوفة على المسلمين، فالصحيح في المذهب أنه لا يجوز بيعها فكذلك رهنها؛ وهذا منصوص الشافعي، وما كان فيها من بنائها لحكمه حكمها، وما كان فيها من غير ترابها أو الشجر المجدد فيها ان أفردته بالبيع والرهن فهل يصح؟ على روايتين، نص عليهما في البيع. احدهما يصح لأنه طلق والثانية لا يجوز لأنه تابع لما لا يجوز بيعه ولا رهنه، فهو كأساسات الحيطان، وإن رهنه مع الأرض بطل في الأرض، وهل يجوز في الاشجار والبناء على الرواية التي يجوز رهنها منفردة؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة. وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه

(فصل) ولا يصح رهن المجهول لأنه لا يصح بيعه، فلو قال رهنك هذا الجراب أو البيت أو الخريطة بما فيها لا يصح لأنه مجهول، وإن لم يقل بما فيها صح رهنها للعلم بها، إلا أن يكون ذلك بما لا قيمة له، كالجراب الخلق ونحوه، ولو قال رهنك أحد هذين العبدين لم يصح لعدم التعيين، وفي الجملة أنه يعتبر للعلم في الرهن ما يعتبر في البيع. وكذلك القدرة على التسليم، فلا يصح رهن الأبق ولا الجمل الشارد ولا غير ملوك

(فصل) ولو رهن عبداً أو باعه يعتقده مغسوبا فبان ملكه، مثل أن رهن

عبد أبيه فبان أن أباه قد مات وصار العبد ملكه بالميراث ، أو وكل انسانا يشتري له عبداً من سيده ثم ان الموكل باع العبد أو رهنه يعتقده لسيده الاول ، فبان أن تصرفه بعد شراء الوكيل له ونحو ذلك صح تصرفه ، لانه تصرف صدر من أهله وصادف ملكه فصح كما لو علم ، ويحتمل أن لا يصح لانه اعتقده باطلا

(فصل)

ولو رهن المبيع في مدة الخيار لم يصح ، الا أن يرهنه المشتري والخيار له وحده فيصح تصرفه ويبطل خياره . ذكره أبو بكر . وهو مذهب الشافعي ، وكذلك بيعه وتصرفاته ، ولو أفلس المشتري فرهن البائع عين ماله التي له الرجوع فيها لم يصح لانه رهن مالا يملكه . وكذلك لو رهن الاب العين التي وهبها لابنه قبل رجوعه فيها لم يصح لما ذكرناه ، وللشافعي في ذلك وجهان . أحدهما يصح لان له استرجاع العين فتصرفه فيها يدل على رجوعه فيها

ولنا أنه رهن مالا يملكه بغير إذن المالك ولا ولاية عليه ، فلم يصح كما لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول

(فصل) ولو رهن ثمرة شجر يحمل في السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الثمرة الاولى الى محل تحدث الثانية على وجه لا يتميز فالرهن باطل ، لانه مجهول حين حلول الحق ، فلا يمكن استيفاء الدين منه فلم يصح ، كما لو كان مجهولا حين العقد وكما لو رهنه اياها بعد اشتباهاها ، فان شرط قطع الاولى اذا خيف اختلاطها بالثانية صح ، فان كان الحمل المرهون بحق حال وكانت الثمرة الثانية تتميز من الاولى اذا حدثت فالرهن صحيح ؛ فان وقع التواني في قطع الاولى حتى اختلطت بالثانية وتعذر التمييز لم يبطل الرهن . لانه وقع صحيحا وقد اختلط بغيره على وجه لا يمكن فصله . فعلى هذا ان سمح الراهن بكون الثمرة رهنا أو اتفاقا على قدر المرهون منهما فحسن ، وان اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الرهن لانه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر

(فصل) ولو رهنه منافع داره شهراً لم يصح . لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه والمنافع تهلك الى حلول الحق . وان رهنه أجرة داره شهراً لم يصح لانها مجهولة وغير مملوكة .

(فصل)

ولو رهن المكاتب من يعتق عليه لم يصح ، لأنه لا يملك بيعه وأجازته أبو حنيفة لأنهم لا يدخلون معه في الكتابة ، ولو رهن العبد المأذون من يعتق على السيد لم يصح ، لأن ما في يده ملك لسيدته ، فقد صار حراً بشرائه إياه

(فصل ' ولو رهن الوارث تركه الميت أو باعها وعلى الميت دين صح في أحد الوجهين . وقال أصحاب الشافعي : لا يصح إذا كان على الميت دين يستغرق التركة لأنه تعلق به حق آدمي فلم يصح رهنه كالمرهون

ولنا أنه تصرف صادق ملكه ولم يعلق به حقاً فصح ، كما لو رهن المرتد وفارق المرهون ، لأن الحق تعلق به باختياره ، فأما في مسألتنا فالحق تعلق به بغير اختياره فلم يمنع تصرفه . وهكذا كل حق ثبت من غير إثباته كالزكاة والجناية ، فلا يمنع رهنه ، فإذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله ؛ وإن لم يقض الحق فللغرماء انتزاعه ، لأن حقهم أسبق والحكم فيه كالحكم في الجاني ، وهكذا الحكم لو تصرف في التركة ثم رد عليه مبيع باعه الميت بعيب ظهر فيه ، أو حق تجدد تعلقه بالتركة ، مثل أن وقع إنسان أو بهيمة في بئر حفرة في غير ملكه بعد موته فالحكم واحد ، وهو أن تصرفه صحيح غير نافذ ، فإن قضى الحق من غيره نفذ وإلا فسخ البيع والرهن .

(فصل) قال القاضي : لا يصح رهن العبد المسلم لكافر ، واختار أبو الخطاب صحة رهنه إذا شرطاً كونه على يد مسلم ويبيعه الحاكم إذا امتنع مالكة ، وهذا أولى لأن مقصود الرهن يحصل من غير ضرر .

« مسألة ، قال (وإذا قبض الرهن من تشارطاً أن يكون على يديه صار مقبوضاً)

وجملته أن المتراخين إذا شرطاً كون الرهن على يد رجل رضياً به واتفقاً عليه جاز وكان وكيلاً للمرتن نائباً عنه في القبض ، فتي قبضه صح قبضه في قول جماعة الفقهاء . منهم عطاء وعمرو بن دينار والثوري وابن المبارك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . وقال الحكم والحارث العكلي وقتادة وابن

أبي ليلى : لا يكون مقبوضاً بذلك ، لأن القبض من تمام العقد فتعلق بأحد المتعاقدين كالإيجاب والقبول .

ولنا أنه قبض في عقد جاز فيه التوكيل كسائر القبوض ، وفارق القبول لأن الإيجاب إذا كان لشخص كان القبول منه لأنه يحتاج إليه ، ولو وكل في الإيجاب والقبول قبل أن يوجب له صح أيضاً . وما ذكره ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر القبض فيه .

إذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يجعل الرهن على يد من يجوز توكيله ، وهو الجائز التصرف ، مسلماً كان أو كافراً عدلاً أو فاسقاً ، ذكرراً أو أنثى ، ولا يجوز أن يكون صبيّاً لأنه غير جائز التصرف مطلقاً ، فإن فعلاً كان قبضه وعدم القبض واحداً ، ولا عبداً بغير إذن سيده ، لأن منافع العبد لسيده فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير إذن ، فإن أذن له السيد جاز ، وأما المكاتب فإن كان يجعل جاز لأن له الكسب وبذل منافعه بغير إذن السيد ، وإن كان بغير جعل لم يجر لأنه ليس له التبرع بمنافعه .

(فصل)

فإن جعل الرهن في يد عدلين جاز ولهما إمساكه . ولا يجوز لأحدهما الانفراد بحفظه ، وإن سلمه أحدهما إلى الآخر فعليه ضمان النصف لأنه القدر الذي تعدى فيه . وهذا أحد الوجبهين لأصحاب الشافعي ، وفي الآخر إذا رضى أحدهما بإمساك الآخر جاز . وبهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : إن كان مما ينقسم اقتسامه ، وإلا فلكل واحد منهما إمساك جميعه ، لأن اجتماعهما على حفظه يشق عليهما ، فحمل الأمر على أن لكل واحد منهما الحفظ

ولنا أن المراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما فلم يجوز لأحدهما الانفراد بذلك كالوصيين لا ينفرد أحدهما بالتصرف . وقولهم إن الاجتماع على الحفظ يشق ليس كذلك ، فإنه يمكن جعله في مخزن لكل واحد منهما عليه قفل

(فصل) وما دام العدل بحاله لم يتغير عن الأمانة ولا حدثت بينه وبين أحدهما عداوة فليس لأحدهما ولا للحاكم نقل الرهن عن يده ، لأنهما رضيا به في الابتداء وإن اتفقا على نقله جاز لأن الحق لهما لم يعدهما .

وكذلك لو كان الرهن في يد المرتهن فلم يتغير حاله لم يكن للراهن ولا للحاكم نقله عن يده ، وإن تغيرت حال العدل بفسق أو ضعف عن الحفظ أو حدثت عداوة بينه وبينها أو بين أحدهما فلن طلب نقله عن يده ذلك ، ويضعانه في يد من يتفقدان عليه فإن اختلفا وضعه الحاكم على يد عدل وإن اختلفا في تغير حاله بحث الحاكم وعمل بما يظهر له ، وهكذا لو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثمة والحفظ فللراهن رفعه عن يده إلى الحاكم ليضعه في يد عدل . وإذا ادعى الراهن تغير حال المرتهن فأنكره بحث الحاكم عن ذلك وعمل بما بان له . وإن مات العدل أو المرتهن لم يكن لورثتهما ^{مسألة} إلا بتراضيها فإن اتفقا على ذلك جاز وإن اتفقا على عدل يضعانه على يده ذلها ذلك لأن الحق لهما فيفوض أمره اليهما فإن اختلف الراهن والمرتهن عند موت العدل أو اختلف الراهن وورثة المرتهن رفعوا الأمر إلى الحاكم ليضعه على يد عدل ، وإن كان الرهن في يد اثنين فمات أحدهما أو تغيرت حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ ، أو عداوة بين أحد المتراهنين أقيم مقامه عدل ينضم إلى العدل الآخر فيحفظان معا .

(فصل)

ولو أراد العدل رده عليهما فله ذلك وعليهما قبوله ، وبهذا قال الشافعي ، لأنه أمين متطوع بالحفظ ، فلا يلزمه المقام عليه فإن امتنعا أجبرهما الحاكم فإن تغيبا نصب الحاكم أمينا يقبضه لهما لأن الحاكم ولاية على الممتنع من الحق الذي عليه ، ولو دفعه إلى الأمين من غير امتناعهما ضمن وضمن الحاكم لأنه لا ولاية له على غير الممتنع ، وكذا لو تركه العدل عند آخر مع وجودهما ضمن وضمن القابض ، وإن امتنعا ولم يجد حاكما فتركه عند عدل آخر لم يضمن ، وإن امتنع أحدهما لم يكن له دفعه إلى الآخر فإن فعل ضمن والفرق بينهما : أن أحدهما يمسكه لنفسه والعدل يمسكه لهما هذا فيما إذا كانا حاضرين ، فأما إذا كانا غائبين نظرت فإن كان للعدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه رفعه إلى الحاكم فقبضه منه أو نصب له عدلا يقبضه لهما فإن لم يجد حاكما أودعه عند نفسه ، وليس له دفعه إلى ثقة يودعه عنده مع وجود الحاكم فإن فعل ضمن فإن لم يكن له عذر وكانت الغيبة بعيدة إلى مسافة القصر قبضه الحاكم منه فإن لم يجد حاكما دفعه إلى عدل ، وإن كانت الغيبة دون مسافة القصر

فهو كما لو كانا حاضرين لأن ما دون مسافة القصر في حكم الإقامة وإن كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً لحكمهما حكم الغائبين وليس له دفعه الى الحاضر منهما ، وفي جميع هذه الأقسام متى دفعه الى أحدهما ألزمه رده الى يده ، وإن لم يفعل فعليه ضمان حق الآخر .

(فصل اذا كان الرهن على يد عدل وشرط له أن يبيعه عند حلول الحق - صح ويصح بيعه ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ، فإن عزل الراهن ، العدل عن البيع صح عزله ولم يملك البيع ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك لا ينعزل لأن وكالاته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن اسقاطه كسائر حقوقه ، وقال ابن أبي موسى : ويتوجه لنا مثل ذلك ، فإن أحمد قد منع الحيلة في غير موضع من كتبه ، وهذا يفتح باب الحيلة للراهن ، فإنه يشترط ذلك للمرتهن ليجبيه اليه ثم يعزله والأول هو المنصوص عنه لأن الوكالة عقد جائز فلا يلزم المقام عليها كسائر الوكالات ، وكونه من حقوق الراهن لا يمنع من جوازها كما لو شرط الرهن في البيع فإنه لا يصير لازماً وكذلك لو مات الراهن بعد الاذن انفسخت الوكالة وقياس المذهب أنه متى عزله عن البيع فللمرتهن فسخ البيع الذي حصل الرهن بشمته كما لو امتنع الراهن من تسليم الرهن المشروط في البيع ، فأما أن عزله المرتهن فلا ينعزل لأن العدل وكيل الراهن إذ الرهن ملكه ولو انفرد بتوكيله صح فلم ينعزل بعزل غيره لكن لا يجوز بيعه بغير اذنه وهكذا لو لم يعزله لخل الحق لم يبعه حتى يستأذن المرتهن لأن البيع لحقه فلم يجوز حتى يأذن فيه ولا يحتاج الى تجديد اذن من الراهن في ظاهر كلام أحمد ، لأن الاذن قد وجد مرة فيكون كما في الوكالة في سائر الحقوق ، وذكر القاضي وجهاً آخر أنه يحتاج الى تجديد اذن لانه يكون له غرض في قضاء الحق من غيره والأول أولى فإن الاذن كاف ما لم يغير والغرض لا اعتبار به مع صريح الاذن بخلافه بدليل ما لو جدد الاذن له بخلاف المرتهن فإن المبيع يفتقر الى مطالبته بالحق ومذهب الشافعي نحو من هذا .

(فصل) ولو ألتف الرهن في يد العدل أجنبي فعلى الجاني قيمته يكون رهناً في يده وله المطالبة بها لأنها بدل الرهن وقائمة مقامه وله امساك الرهن وحفظه فإن

كان المزارعتان أذنا له في بيع الرهن ، فقال القاضى : قياس المذهب أن له بيع قيمته لان له بيع نماء الرهن تبعاً للأصل فالقيمة أولى . وقال أصحاب الشافعى ليس له ذلك لانه متصرف بالاذن فلا يملك بيع ما لم يؤذن له في بيعه والمأذون في بيعه قد تلف وقيمته غيره وللقاضى أن يقول انه قد أذن له في بيع الرهن ، والقيمة رهن يثبت لها حكم الاصل من كونه يملك المطالبة بها وإمساكها واستيفاء دينه من ثمنها فكذلك بيعها فان كانت القيمة من جنس الدين وقد أذن له في وفائه من ثمن الرهن ملك إيفائه من القيمة لانها بدل الرهن من جنس الدين فأشبهت ثمن المبيع .

(فصل) واذا أذنا للعدل في البيع وعينا له نقد لم يحز له أن يخالفهما وان اختلفا فقال أحدهما : بعه بدرهم وقال الآخر : بدنانير لم يقبل قول واحد منهما لان لكل واحد منهما فيه حقاً للرهن ملك الدين وللمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه ويرفع الامر الى الحاكم فيأمر من يبيعه بنقد البلد سواء كان من جنس الحق أو من غير جنسه وافق قول أحدهما أو لم يوافق لان الحظ في ذلك والاولى أن يبيعه بما يرى الحظ فيه ، فان كان في البلد نقدان باعه بأغلبهما فان تساويا ، فقال القاضى : يبيع بما يؤدبه اجتهاده اليه وهو قول الشافعى لانه الاحظ والغرض تحصيل الحظ فان تساويا باع بجنس الدين . فان لم يكن فيها جنس الدين عين له الحاكم ما يبيعه به ، وحكمه حكم الوكيل في وجوب الاحتياط والمنع من البيع بدون ثمن المثل ، ومن البيع نساء متى خالف لزمه ما يلزم الوكيل المخالف . وذكر في البيع نساء رواية أخرى : أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح لان البيع ههنا لإيفاء دين حال يجب تعجيله ، والبيع نساء يمنع ذلك ، وكذا نقول في الوكيل متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يحز له ذلك ، وانما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن ، وكل موضع حكنا بأن البيع باطل وجب رد المبيع ان كان باقياً ، فان تعذر فللمرتهن تضمين من شاء من العدل ، والمشتري بأقل الامر من قيمة الرهن أو قدر الدين لانه يقبض قيمة الرهن مستوفيا لحقه لا رهنا ؛ فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه : وما بقى من قيمة الرهن للرهن ، يرجع به على من شاء منهما

وإن استوفى دينه من الرهن ، رجع الراهن بقيمته على من شاء منها ، ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحد لأن العين تلفت في يده ، وإن ضمن العدل رجع على المشتري .

(فصل)

ومتى قدرا له ثمن لم يجز له بيعه بدونه ، وإن أطلقا فله بيعه بثمن مثله ، أو زيادة عليه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة . له بيعه ، ولو بدرهم والكلام معه في الوكالة فإن أطلقا فباع بأقل من ثمن المثل عما يتغابن الناس به صحت ، ولا ضمان عليه لأن ذلك لا يضبط غالبا ، وإن كان النقص عما لا يتغابن الناس به ، أو باع بأقل من ثمنه مما قررا له صحت البيع وضمن النقص كله ذكره أصحابنا ، والأولى أنه لا يصح البيع لأنه لم يؤذن له فيه فأشبه ما لو خالف في النقد .

(فصل) وإذا باع العدل الرهن يأذنهما وقبض الثمن فتلف في يده من غير تعد فلا ضمان عليه لأنه أمين فهو الكاويل ، ولا نعلم في هذا خلافا ويكون من ضمان الراهن ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك من ضمان المرتهن لأن البيع لأجله .

ولنا أنه وكيل الراهن في البيع ، والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه فإذا تلف كان من ضمان موكله كسائر الأمانات ، وإن ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه لأنه أمين ، ويتعذر عليه إقامة البينة على ذلك ، وإن كلفناه البينة شق عليه ، وربما أدى إلى أن لا يدخل الناس في الأمانات فإن خالفاه في قبض الثمن فقالا ما قبضه من المشتري وادعى ذلك فقيه وجهان :

أحدهما . القول قوله لأنه أمين ، والآخر . لا يقبل لأن هذا إبراء للمشتري من الثمن ، فلا يقبل قوله فيه كما لو أبرأه من غير الثمن . وإن خرج المبيع مستحقا فالعبرة على الراهن دون العدل إذا كان قد أعلم المشتري أنه وكيل ، وكذلك كل وكيل باع مال غيره ، وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة . العبرة على الوكيل والكلام معه في الوكالة فإن علم المشتري بعد تلف الثمن في يد العدل رجع على الراهن ولا شيء على العدل ، فإن قيل . فلم لا يرجع المشتري على العدل

لانه قبض الثمن بغير حق ؟ قلنا . لانه سلبه اليه على أنه أمين في قبضه يسلبه الى المرتن فلذلك لم يجب الضمان عليه ؛ فأما المرتن فقد بان أن عقد الرهن كان فاسداً فان كان مشروطا في بيع ثبت له الخيار فيه ، وإلا سقط حق . فان كان الرهن مفلسا حيا أو ميتا كان المرتن والمشتري أسوة الغرماء لانهم متساوون في ثبوت حقهم في الذمة فاستووا في قسمة ماله بينهم ، فأما ان خرج مستحقا بعد ما دفع الثمن الى المرتن رجع المشتري على المرتن ؛ وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة . يرجع على العدل ويرجع العدل على أيهما شاء من الرهن والمرتن .

ولنا أن عين ماله صار الى المرتن بغير حق فكان رجوعه عليه كالمو قبضه منه ، فأما ان كان المشتري رده بعيب لم يرجع على المرتن لانه قبض الثمن بحق ، ولا على العدل لانه أمين ووكيل ، ويرجع على الرهن وأن كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري أنه وكيل كان للمشتري الرجوع عليه ، ويرجع هو على الرهن ان أقر بذلك أو قامت به بيينة . وان أنكر ذلك فالقول قول العدل مع يمينه ، فإن نسكل عن اليمين ففضى عليه بالنسكل ، أو ردت اليمين على المشتري لخلف ورجع على العدل لم يرجع العدل على الرهن لانه يقر أنه ظله . وعلى قول الخرقي القول في حدوث العيب قول المشتري مع يمينه ، وهو احدى الروايتين عن أحد فإذا حلف المشتري رجع على العدل ، ورجع العدل على الرهن ، وان تلف العبد المبيع في يد المشتري ثم بان مستحقا قبل وزن ثمنه فللمعصوب منه تضمين من شاء من الغاصب والعدل والمرتن ، ويستقر الضمان على المشتري لان التلف في يده ، هذا اذا علم بالغصب ، وان لم يكن عالما فهل يستقر الضمان عليه أو على الغاصب ؟ على روايتين .

(فصل) فان ادعى العدل دفع الثمن الى المرتن فأنكر ، فقال القاضي وأبو الخطاب . يقبل قوله في حق الرهن ولا يقبل في حق المرتن ، وهو مذهب الشافعي ، لان العدل وكيل الرهن في دفع الدين الى المرتن وليس بوكيل للمرتن في ذلك انما هو وكيله في الحفظ فقط ، فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه كما لو وكل رجلا في قضاء دين فادعى أنه سلبه الى صاحب الدين .

وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في رموس مسائلهما يتبل قوله على المرتين في إسقاط الضمان عن نفسه : ولا يتبل في إيجاب الضمان على غيره ، وهذا مذهب أبي حنيفة لأنه أمين فتبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه كالمودع يدعى رد الوديعة . فعلى هذا إذا حلف العدل سقط الضمان عنه ، ولم يثبت عن المرتين أنه قبضه : وعلى الأول الأول يحلف المرتين ويرجع على من شاء منهما ، فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن ، لأنه يؤول ظلمي وأخذ مني بغير حق ، فلم يرجع على الراهن كما لو غصبه مالا آخر ، فإن رجع على الراهن فهل يرجع الراهن على العدل ؟ نظرت ، فإن كان دفعه إلى المرتين بمحضرة الراهن أو بينة فأتت أو غابت لم يرجع عليه لأنه أمين ولم يفرط في التصناء ، وإن دفعه إليه بغير بينة في غيبة الراهن ، ففيه روايتان .

إحداهما : يرجع الراهن عليه ، لأنه مفرط في التصناء بغير بينة فلزمه الضمان كما لو تلف الرهن بتفريطه ، ويحتمل أن يكون هذا معنى قول الحرق ، ومن أمر رجلا أن يدفع إلى رجل مالا وادعى أنه دفعه إليه ، لم يقبل قوله على الأمر إلا بينة .

والرواية الثانية : لا يرجع الراهن عليه ، لأنه أمين في حقه ، سواء صدقه في التصناء أو كذبه ، إلا أنه إن كذبه فله عليه الدين .

(فصل) إذا غصب المرتين الرهن من العدل ثم رده إليه زال عنه الضمان ، ولو كان الرهن في يد المرتين فتعدى فيه ، ثم أزال التعدى أو سافر به ثم رده ، لم يزل عنه الضمان ، لأن استثنائه زال بذلك ، فلم يفسد بفعله مع ذاته في يده بخلاف التي قبلها ، فإنه رده إلى يد نائب مالكها فأشبه ما لو ردها إلى مالكها .

(فصل) وإذا استقرض ذي من مسلم مالا ورهنه خمر أو لم يصح ، سواء جعله على يد ذي أو غيره فإن باعها الراهن أو نائبه الذي وجاء المقرض بشمئها لزمه قبوله فإن أبي قيل له : أما أن تقبض وإما أن تبرئ ، لأن أهل الذمة إذا تقابضوا في العقود الفاسدة جرت مجرى الصحيحة ، قال عمر رضي الله عنه في أهل الذمة معهم الخمر ولوم بيعها وخذوا من أثمانها ، وإن جعلها على يد مسلم فباعها ، لم يجبر المرتين على قبول الثمن ، لأن ذلك البيع فاسد لا يقران عليه ولا حكم له .

« مسألة » قال « ولا يرهن مال من أوصى اليه بحفظ ماله الا من ثقة »

وجملته : أن ولي اليتيم ليس له رهن ماله إلا عند ثقة يودع ماله عنده لئلا يبيعه أو يفرط فيه فيضيع ، قال القاضي : ليس لوليه رهن ماله الا بشرطين : أحدهما : أن يكون عند ثقة .

الثاني : أن يكون له فيه حظ ، وهو أن يكون به حاجة الى نفقة أو كسوة أو إنفاق على عقاره المتهدم أو أرضه أو بهائم ، ونحو ذلك ، وماله غائب بتوقع وروده أو ثمرة ينتظرها أو له دين مؤجل يحل أو متاع كاسد يرجو نفاقه ، فيجوز لوليه الاقراض ورهن ماله ، وإن لم يكن له شيء ينتظره فلا حظ له في الاقراض فيبيع شيئاً من أصول ماله ويصرفه في نفقته ، وإن لم يجد من يقرضه ووجد من يبيعه نسيئة وكان أحظ من بيع أصوله جاز أن يشتريه نسيئة ويرهن به شيئاً من ماله والوصى والحاكم وأمينه في هذا سواء ، وكذلك الأب الا أن للأب أن يرهن من نفسه لولده ولنفسه من ولده : ومن عداه بخلافه على إحدى الروايتين .

(فصل) فأما أخذ الرهن بمال اليتيم فيكون في بيع أو قرض ، وقد ذكرنا القرض في باب المصراة وفي البيع ثلاث مسائل :

أحدها : أن يبيع ما يساوي مائة نقداً بمائة أو دونها نسيئة ويأخذ بها رهناً فهذا بيع فاسد ، لأن بيعه نقداً أحوط وكذلك لو جعل بعض الثمن نسيئة .

الثانية أن يبيعه بمائة نقداً وعشرين نسيئة يأخذ بها رهناً فهذا جائز ، لأنه لو باعه بمائة نقداً جاز ، فإذا زاد عليها فقد زاده خيراً ، سواء قلت الزيادة أو كثرت .

الثالثة : باعه بمائة وعشرين نسيئة وأخذ بها رهناً فهذا جائز أيضاً ، ذكره القاضي وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لا يجوز لأنه تغيير بماله وبيع النقد أحوط له .

ولنا أن هذا عادة التجار ، وقد أمرناه بالتجارة وطلب الربح ، وهذا من جهاته والتغيير يزول بالرهن .

(فصل) وحكم المكاتب فيما ذكرنا حكم ولي اليتيم لأن له أن يتصرف فيما في يديه

فما له فيه الخط فأما المأذون فان دفع له سيده مالا يتجر فيه أو لم يتبع إليه ،
فقال القاضي : ليس له التصرف بالنسيئة ، لأن ديونه تتعلق بماله السيد فيتمدد
بذلك . لأن الدين غرر بخلاف المكاتب .

(فصل) ولو كان مال اليتيم رهنا فاستعاده الوصي اليتيم جاز وإن استعاده لنفسه
لم يجز . لأنه لا يملك التصرف في مال اليتيم لنفسه وعليه الضمان لأنه قبضه على
وجه ليس له قبضه . وإن فكه باليتيم وأطلق فهو اليتيم وإن فكه بماله نفسه
وأطلق فالظاهر أنه استعاده لنفسه . فإن قال : استعده اليتيم قبل قواه . وإن تلف
قبل ذلك ضمنه . وإن قال استعده اليتيم بعد هلاكه أو هلاك بعضه لم يقبل قوله
لأننا حكمنا بالضمان ظاهرا فلا يزول بوله والاولى أن يقبل قوله لأنه أمين وهو
أعلم بنيته فيقبل قوله فيها كما قبل التلف .

(فصل) ولو رهن الوصي أو الحاكم مال اليتيم عند مكاتبه . أو واده الكبير
صح . لأنه لا ولاية له عليهما .

(فصل) ولو أوصى إلى رجل بقضاء دينه فرهن شيئا من تركته عند المريم
أو غيره ضمن . لأنه لم يؤذن له في رهنها فضمن كالو لم يوص إليه بقضاء دينه .

« مسألة » قال (وإذا قضا بعض الحق كان الرهن بحاله على ما بقي)

وجملة ذلك . أن حق الوثيقة يتعلق بالرهن جميعه . فيصير محبوسا بكل الحق
وبكل جزء منه لا ينفك منه شيء حتى يقضى جميع الدين . سواء كان مما يمكن قسمته
أو لا يمكن . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من
رهن شيئا بماله فادى بعض المال . وأراد إخراج بعض الرهن . أن ذلك ليس له
ولا يخرج شيء ، يوفيه آخر حقه . أو يبرئه من ذلك . كذلك قال مالك
والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي . لأن الرهن وثيقة بجو
فلا يزول إلا بزوال جميعه كالضمان والشهادة .

« مسألة » قال (وإذا أعتق الرهن عبده المرهون فقد صار حرا . ويؤخذ إذا

كان له مال بقيمة المعتق فيسكون رهنا)

وجملة ذلك : أنه ليس للرهن عتق الرهن . لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة

فإن أعتق نفذ عتقه ، موسراً كان أو معسراً ، نص عليه أحمد . وبه قال شريك
والحسن بن صالح وأصحاب الرأي والشافعي في أحد أقواله ، إلا أن أباحنيفة قال :
يستسعى العبد في قيمته إن كان المعتق معسراً . وعن أحمد رواية أخرى : لا ينفذ
عتق المعسر . ذكرها الشريف أبو جعفر ، وهو قول مالك ، والقول الثاني للشافعي
لأن عتقه يسقط حق المرتين من الوثيقة ، من عين الرهن وبها فلم ينفذ ، لما فيه
من الأضرار بالمرتين ولأنه عتق يبطل حق غير المالك فنفذ من الموسر دون المعسر
كعتق شرك له من عبد . وقال عطاء والبتي وأبو ثور : لا ينفذ عتق الراهن موسراً
كان أو معسراً ، وهو القول الثالث للشافعي ، لأنه معنى يبطل حد الوثيقة من
الرهن فلم ينفذ كالبيع .

ولنا أنه إعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك ، فنفذ كعتق المستاجر ، ولأن
الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق ، فنفذ فيها عتق المالك كالبيع في يد البائع
والعتق يخالف البيع ، فإنه مبني على التغليب والسراية وينفذ في ملك الغير ، ويجوز
عتق المبيع قبل قبضه والآبق والمجهول ومالا يقدر على تسليمه ، ويجوز تعليقه على
الشروط بخلاف البيع .

إذا ثبت هذا فإنه إن كان موسراً أخذت منه قيمته ، فجعلت مكانه رهناً لأنه
أبطل حق الوثيقة بغير إذن المرتين فلزمته قيمته كما لو أبطلها أجنبي أو كما لو أتلفه
وتكون القيمة رهناً لأنها نائمة عن العين وبدل عنها ، وإن كان معسراً فالقيمة في
ذمته ، فإن أيسر قبل حلول الحق أخذت منه القيمة فجعلت رهناً إلا أن يختار
تعجيل الحق فيقضي ، ولا يحتاج إلى رهن ، وإن أيسر بعد حلول الحق طوّل
بالدين خاصة لأن ذمته تبرأ به من الحقين معاً ، والاعتبار بقيمة العبد حال الاعتاق
لأنه حال الإتلاف ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة في المعسر يستسعى العبد في قيمته ثم يرجع على الراهن ، وفيه
إيجاب الكسب على العبد ولا صنع له ولا جناية منه وإلزام الغرم لمن وجد منه
الإتلاف أولى كحال اليسار وكسائر الإتلاف

(فصل) وإن أعتقه بإذن المرتين فلا نعلم خلافاً في نفوذ عتقه على كل حال
لأن المنع كان لحق المرتين ، وقد أذن فيسقط حقه من الوثيقة موسراً كان المعتق

أو معسرا لأنه أذن فيما ينافي حقه ، فإذا وجد زال حقه ، وقد رضى به لرضاه بما ينافيه وأذنه فيه فلم يكن له بدل ، فإن رجع عن الاذن قبل العتق ، علم الراهن برجوعه كان كمن لم يأذن ، وإن لم يعلم الراهن برجوعه فأعتق فقيه وجهان بناء على عزل الوكيل بدون علمه ، وإن رجع بعد العتق لم ينفع رجوعه والقول قول المرتن مع يمينه ، لأن الأصل عدم الاذن ، ولو اختلف الراهن وورثة المرتن فالقول قول ورثة المرتن أيضا . إلا أن أيمانهم على نفي العلم لأنها على فعل الغير ، وإن اختلف المرتن وورثة الراهن فالقول قول المرتن مع يمينه ، وإن لم يخلف قضى عليه بالنكول

فصل

وإن تصرف الراهن بغير العتق ، كالبيع والاجارة والهبة والوقف ، والرهن وغيره فتصرفه باطل لأنه تصرف يبطل حق المرتن من الوثيقة غير مبنى على التغليب والسراية فلم يصح بغير اذن المرتن كفسخ الرهن ، فإن أذن فيه المرتن صح وبطل الرهن ، لأنه أذن فيما ينافي حقه فيبطل بفعله كالتعق ، وإن زوج الام المهرودة لم يصح ، وهذا اختيار أبي الخطاب ، وقول مالك والشافعي وقال القاضى وجماعة من أصحابنا : يصح ، وللمرتن منع الزوج من وطنها ومهرها رهن معها ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، لأن محل النكاح غير محل عقد الرهن ولذلك صح رهن الائمة المزوجة ، ولأن الرهن لا يزيل الملك ، فلا يمنع التزويج كالاجارة .

ولنا أنه تصرف فى الرهن بما ينقص ثمنه ويستغل بعض منافعه فلم يملكه الراهن بغير رضا المرتن كالاجارة ولا يخفى تنقيصه لثمنها ، فإنه يعطل منافع بعضها وينزع مشترئها من وطنها وحلها ويوجب عليه تمكين زوجها من استمتاعها فى الليل ويعرضها بوطئه للحمل الذى يخاف منه تلفها ويشغلها عن خدمته بترية ولادها فتذهب الرغبة فيها وتنقص نقصا كثيرا ، وربما منع بيعها بالكلية .

وقولهم ان محل عقد النكاح غير محل الرهن غير صحيح فان محل الرهن محل البيع والبيع يتناول حملتها ، ولهذا يباح لمشتريها استمتاعها ، وانما صح رهن المزوجة لبقاء معظم المنفعة فيها وبقائها محلا للبيع كما يصح رهن المستأجرة ، ويفارق الرهن

الاجارة فان التزويج لا يؤثر في مقصود الاجارة ، ولا يمنع المستأجر من استيفاء المنافع المستحقة له ويؤثر في مقصود الرهن ، وهو استيفاء الدين من ثمنها ، فان تزويجها يمنع بيعها أو ينقص ثمنها فلا يمكن استيفاء الدين بكامله

(فصل) ولا يجوز للراهن وطء أمته المهرونة في قول أكثر أهل العلم . وقال بعض أصحاب الشافعي رضى الله عنه : له وطء الأيسة والصغيرة ، لانه لا ضرر فيه ، فان علة المنع الخوف من الحمل مخافة أن تلد منه فتخرج بذلك عن الرهن أو تتعرض للتلف ، وهذا معدوم فيهما ، وأهل العلم على خلاف هذا . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للبرتن منع الراهن من وطء أمته المهرونة ولان سائر من يحرم وطؤها لا فرق فيه بين الأيسة والصغيرة وغيرهما كالمعتدة والمستبرأة والاجنبية ، ولان الذي تحبل فيه يختلف ولا ينحزر ، فنع من الوطء جملة كما حرم الخمر للسكر ، وحرم منه اليسير الذي لا يسكر لكون السكر يختلف وان وطئ فلا حد عليه لانها ملكة وانما حرمت عليه لعارض كالحرمة والصائمة ، ولا مهر عليه لان المرتن لا حق له في منفعتها ، ووطؤها لا ينقص قيمتها فأشبه ما لو استخدمها ، وان تلف جزء منها أو نقصها ، مثل ان اقض البكر أو أفصاها فعليه قيمة ما أ تلف ؛ فان شاء جعله رهنا معها وان شاء جعله قضاء من الحق ان لم يكن حل ، فان كان الحق قد حل جعله قضاء لا غير ، فانه لا فائدة في جعله رهنا ولا فرق بين الكبيرة والصغيرة فيما ذكرناه

مسألة ، قال (وان كانت جارية فأولدها الراهن خرجت أيضا من الرهن وأخذ منه قيمتها فتكون رهنا)

وجملته أن الراهن اذا وطئ أمته المهرونة فأولدها خرجت من الرهن وعليه قيمتها حين أحبلها كما او جرح العبد كانت عليه قيمته حين جرحه ولا فرق بين المورس والمعرس الا أن المورس يؤخذ منه قيمتها والمعرس يكون في ذمته قيمتها على حسب ما ذكرنا في العتق ، وهذا قول أصحاب الرأي وقول الشافعي ههنا ، كقوله في العتق ، الا أنه اذا قال له لا ينفذ الاجبال فانما هو في حق المرتن ؛ فأما في حق الراهن فهو ثابت لا يجوز له أن يهبها للبرتن ، ولو حل الحق وهي حامل لم يحز بيعها

لأنها حامل بجرّ فإذا ولدت لم يجوز بيعها حتى تسقى ولدها اللبأ : فإن وجد من يرضعه بيعت وإلا تركت حتى ترضعه ثم يباح منها بقدر الدين خاصة وبشئت للباقي حكم الاستيلاد ، فإذا مات الراهن عتق وإن رجع هذا المبيع إلى الراهن يارث أو يبع أو هبة أو غير ذلك أو بيع جميعها ثم رجعت إليه ثبت لها حكم الاستيلاد . وقال مالك : إن كانت الأمة تخرج إلى الراهن وتأتيه خرجت من الرهن وإن تسور عليها أخذ ولدها وبيعت

ولنا أن هذه أم ولد فلم يثبت فيها حكم الرهن كما لو كان الوطء سابقا على الرهن أو نقول معنى ينافي الرهن في ابتدائه فنافاه في دوامه كالخربة

(فصل) فإن كان الوطء بإذن المرتهن خرجت من الرهن ولا شيء للمرتن لأنه أذن في سبب ما ينافي حقه فكان اذا فيه ، ولا نعلم في هذا خلافا ، وإن لم تحبل فهي رهن بحالها ، فإن قيل إنما أذن في الوطء ولم يأذن في الاحبال ، قلنا الوطء هو المفضي إلى الاحبال ولا يقف ذلك على اختياره ، فالأذن في سببه أذن فيه ، فإن أذن ثم رجع فهو كمن لم يأذن ، وإن اختلفا في الأذن فالقول قول من ينكره وإن أقر المرتن بالأذن وأنكر كون الولد من الوطء المأذون فيه ، أو قال هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بأربع شروط .

أحدها أن يعترف المرتن بالأذن . والثاني أن يعترف بالوطء . والثالث أن يعترف بالولادة . والرابع أن يعترف بمضي مدة بعد الوطء يمكن أن تلد فيها فينتد لا يلتفت إلى أنكاره ، ويكون القول قول الراهن بغير يمين لأننا لم تلحقه به بدعواه بل بالشرع ، فإن أنكر شرطا من هذه الشروط فقال لم آذن أو قال أذنت فما وطئت أو قال لم تمن مدة تضع فيها الحمل منذ وطئت ، أو قال ليس هذا ولدها وإنما استعارته فالقول قوله لأن الأصل عدم ذلك كله وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البيّنة . وهذا مذهب الشافعي

(فصل : ولو أذن في ضربها فضرها فتلفت فلا ضمان عليه ، لأن ذلك تولد من المأذون فيه كولد الاحبال من الوطء

(فصل) إذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال أحدها أن يقر

به حال العقد أو قبل لزومه حكم هذين واحد ولا يمنع ذلك صحة العقد ، لأن الأصل عدم الحمل ، فإن بانث حائلا أو حاملا بولد لا يلحق بالراهن فالرهن بحاله وكذلك ان كان يلحق به لكن لاتصير به أم ولد ، مثل ان وضئها وهي زوجته ثم ملكها ورهنها ، وان بانث حاملا بولد تصير به أم ولد بطل الرهن ولا خيار للمرتن ، وان كان مشروطا في بيع لانه دخل مع العلم بأنها قد لا تكون رهننا ، فاذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذى علمه لم يكن له خيار ، كالمريض اذا مات والجاني اذا اقتص منه ، وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي

وقال بعضهم له الخيار لان الوطاء نفسه لا يثبت الخيار فلم يكن رضاه به رضى بالحمل الذى يحدث منه بخلاف الجنابة والمرض . ولنا أن اذنه في الوطاء اذن فيما يؤول اليه ، كذلك رضاه به رضى بما يؤول اليه

(الحال الثالث) أقر بالوطء بعد لزوم الرهن فانه يقبل في حقه ولا يقبل في حق المرتن لانه أقر بما يفسخ عقدا لازما لغيره فلم يقبل ، كما لو أقر بذلك بعد بيعها ، ويحتمل أن يقبل لانه أقر في ملكه بالاثمة فيه لانه يستنصر بذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن ، والاول أصح لان اقرار الانسان على غيره لا يقبل وهكذا الحكم فيما اذا أقر بأنه غصبها أو أنها كانت جنت جنابة تعلق أرشها برقبته وللشافعي في ذلك قولان ، وان أقر أنه أعتقها صح اقراره وخرجت من الرهن ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي في أحد قولي : لا يقبل بناء على أنه لا يصح ابتاعه للرهن . ولنا أنه لو أعتقه لنفذ عتقه فقبل اقراره بعتقه كغير الرهن : ولان اقراره بعتقه يجرى مجرى عتقه ، فأشبه ما لو قال أنت حر ، ويتخرج أن لا ينفذ اقرار المعسر بناء على أنه لا ينفذ اعتاقه ، وكل موضع قلنا القول قول الراهن ، فقال القاضي ذلك مع يمينه لان كذبه محتمل ، ويحتمل أن لا يستحلف لانه لو رجع عن اقراره لم يقبل فلا فائدة في استحلافه ، واختلف أصحاب الشافعي في استحلافه على نحو الوجهين ، والصحيح عندي أنه اذا أقر بالعتق لم يستحلف ، لان ذلك جرى مجرى قوله أنت حر فلم يحتج الى يمين كما لو صرح به ، وان أقر بالغصب والجنابة فانه ان لم يدع ذلك المغصوب منه والمجنى عليه لم يلتفت الى قول الراهن وجها واحداً ، وان ادعياه فاليمين عليهما لان الحق لهما ورجوعهما عنه

مقبول فكانت اليمين عليهما كسائر الدعاوى . وإن أقر باستيلاد أمته فعليه اليمين لأن نفعها عائد إليه من حل استمتاعها وملك خدمتها فكانت اليمين عليه بخلاف ما قبلها ، وإن قلنا : القول قول المرتن فعليه اليمين بكل حال لأنه لو اعترف ثبت الحق في الرهن ويمينه على نفي العلم لأنها على نفي فعل الغير فإذا حلف سقطت الدعوى بالنسبة إليه وبقي حكمها في حق الراهن بحيث لو عاد إليه الرهن ظهر فيه حكم إقراره وإن أراد المجنى عليه أو المغضوب منه أن يخرماه في الحال فلهما ذلك لأنه منع من استيفاء الجناية بتصرفه فلزمه أرشها كما لو قتله .

(فصل)

ولا يحل للمرتن وطء الجارية المرهونة إجماعاً لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) وليست هذه زوجة ولا ملك يمين فإن وطئها علماً بالتحريم فعليه الحد لأنه لا شبهة له فيه فإن الرهن استيثاق بالدين ولا مدخل لذلك في إباحة الوطء ولأن وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكه لنفعها فالرهن أولى فإن ادعى الجمل بالتحريم واحتمل صدقه لكونه من نشأ ببادية أو حديث عهد بالإسلام فلا حد عليه وولده حر لأنه وطئها معتقداً بإباحة وطئها فهو كما لو وطئها يظنها أمته وعليه قيمة ولدها يوم الولادة لأن اعتقاده الحل منع انخلاق الولد رقيقاً فقوت رقب الولد على سيدها فلزمته قيمته كالمغرور بحرية أمة ، وإن لم يحتمل صدقه كالثاني يبلد الاسلام مختلفاً بهم من أهل العلم لم تقبل دعواه لأنه لا يخلو عن يسمع منه ما يعلم به تحريم ذلك فيكون كمن لم يدع الجهل ، وولده رقيق للراهن لأنه من زنا ، ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين أن يكون الوطء بإذن الراهن أو بغير اذنه وهذا المنصوص عن الشافعي ، ويحتمل أن لا تجب قيمة الولد مع الإذن في الوطء ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، لأن الإذن في الوطء إذن فيما يحدث منه بدليل أنه لو أذن المرتن للراهن في الوطء لحملت منه سقط حقه من الرهن ، ولو أذن في قطع أصبع فسرت إلى أخرى لم يضمها .

وجه الاول : أن وجوب الضمان يمنع انخلاق الولد رقيقاً وسببه اعتقاد الحل وما حصل ذلك بإذنه بخلاف الوطء فإن خروجها من الرهن بالجمل الذي الوطء المأذون فيه سبب له ، وأما المهر فإن كان الوطء بإذن الراهن فلا مهر له ،

وقال أبو حنيفة : يجب لانه يجب لها ابتداء فلا يسقط باذن غيرها ، وعن الشافعي كالْمُذْهِبِينَ .

ولنا أنه أذن في سببه وهو حقه فلم يجب كما لو أذن في قتلها ولأن المالك أذن في استيفاء المنفعة فلم يجب عوضها كالحررة المطاوعة : وإن كان بغير اذنه فالمهر واجب سواء أكرهها أو طأوعته ، وقال الشافعي : لا يجب المهر مع المطاوعة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى « عن مهر البغي » ، ولأن الحد إذا وجب على الموطوءة لم يجب المهر كالحررة .

ولنا أن المهر يجب للسيد فلا يسقط بمطاوعة الامة واذنها كما لو أذنت في قطع يدها ، ولانه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيد بغير اذنه فكان عليه عوضها كما لو أكرهها وكأرش بكارتها لو كانت بكرأ ، والحديث مخصوص بالمكرهمة على البغاء فان الله تعالى سماها بذلك مع كونها مكرهمة عليه فقال (٢٤ : ٣٣) ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصنا) وقولهم : لا يجب الحد والمهر قلنا : لا يجب المهر لها ، وفي مسألتنا لا يجب لها وإنما يجب لسيدها ، ويفارق الحررة فان المهر لو وجب لوجب لها وقد أسقطت حقها باذنها وهبنا المستحق لم يأذن ولأن الوجوب في حق الحررة باكرهاها وسقوطه بمطاوعتها فكذلك السيد هبنا لما تعلق السقوط باذنه ينبغي أن يثبت عند عدمه وسواء وطئها معتقداً للحل أو غير معتقده أو ادعى شبهة أو لم يدعها لان المهر حق آدمي فلا يسقط بالشبهات ، ولا تصير هذه الامة أم ولد للبرتن بحال سواء ملكها بعد الوضع أو قبله ، وسواء حكنا برق الولد أو حرته لانه أحبلها في غير ملكه .

« مسألة » قال : « وإذا جنى العبد المرهون فالجنى عليه أحق برقبته من مرتته حتى يستوفى حقه فان اختار سيده أن يفديه وفعل فهو رهن بحاله /

وجملته أن العبد المرهون اذا جنى على انسان أو على ماله تعلقت الجناية برقبته فكانت مقدمة على حق المرتن لانعلم في هذا خلافاً وذلك لان الجناية مقدمة على حق المالك والملك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن فان قيل : لحق المرتن أيضاً يقدم على حق المالك ، قلنا : حق المرتن ثبت من جهة المالك

بعقده وحق الجناية ثبت بنير اختياره مقدما على حقه فيقدم على ما ثبت بعقده
ولأن حق الجناية يختص بالعين يسقط بفواتها وحق المرتن لا يسقط بفوات
العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أخف وأدق فإن كانت جنايته موجبة للقصاص
فلو الجناية استيفاؤه فإن اقتصر سقط الرهن كما لو تلف وإن عفا على مال تعلق
برقة العبد وصار كالجناية الموجبة للبال فيقال للسيد أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه
للبيع فإن اختار فدائه فبكم يفديه ؟ على روايتين :

(إحداهما) بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته لأنه إن كان الأرش
أقل فالجنى عليه لا يستحق أكثر من أرش جنايته ، وإن كانت القيمة أقل فلا يلزمه
أكثر منها لأن ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما لو أتلفه .

(والثانية) يفديه بأرش جنايته بالغاً ما بلغ لأنه ربما يرغب فيه راغب فيشتريه
بأكثر من قيمته فإذا فداء فهو رهن بحاله لأن حق المرتن قائم لوجود سببه وإنما
قدم حق الجنى عليه لقوته فإذا زال ظهر حكم الرهن كحق من لا رهن له مع حق
المرتن في تركه مفلس إذا أسقط المرتن حقه ظهر حكم الآخر فإن امتنع قبل المرتن
أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه فإن اختار فدائه فبكم يفديه ؟ على الروايتين . فإن
فداه باذن الراهن رجع به عليه لأنه أدنى الحق عنه باذنه فرجع به كما لو قضى دينه
باذنه وإن فداه متبرعا لم يرجع بشيء وإن نوى الرجوع فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين
بناء على ما لو قضى دينه بغير إذنه ، وإن زاد في الفداء على الواجب لم يرجع به
وجهاً واحداً ، ومذهب الشافعي كما ذكرنا في هذا الفصل إلا أنه لا يرجع بما فداه
به بغير إذنه قولاً واحداً ؛ وإن شرط له الراهن الرجوع رجع قولاً واحداً
وإن قضاه باذنه من غير شرط الرجوع ففيه وجهان وهذا أصل يذكر في غير
هذا الموضع فإن فداه وشرط أن يكون رهناً بالفداء مع الدين الأول ، فقال
القاضي : يجوز ذلك لأن الجنى عليه يملك بيع العبد وإبطال الرهن ، فصار بمنزلة
الرهن الجائز قبل قبضه ، والزيادة في دين الرهن قبل لزومه جائزة ولأن أرش
الجناية متعلق به وإنما ينتقل من الجناية إلى الرهن ، ويحتمل أن لا يصح لأن العبد
رهن بدين فلا يجوز رهنه ثانياً بدين سواء كما لو رهنه بدين سوى هذا ، وذذهب
أبو حنيفة إلى أن ضمان جناية الرهن على المرتن فإن فداه لم يرجع بالفداء وإن

فداه الراهن أو بيع في الجناية سقط دين الرهن إن كان بقدر الفداء وبناء على أصله في أن الرهن من ضمان المرتهن وهذا يأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى ، وإذا لم يقد الجاني فبيع في الجناية التي تستغرق قيمته بطل الرهن وإن لم تستغرقها بيع منه بقدر أرش الجناية وباقية رهن إلا أن يتعذر بيع بعضه فيباع الكل ويجعل بقية الثمن رهنا ، وقال أبو الخطاب هل يباح منه بقدر الجناية أم يباع جميعه ويكون الفاضل من ثمنه عن أرش جنايته رهنا ؟ على وجهين .

(فصل) وإن كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو من حالين ، أحدهما : أن تكون الجناية غير موجبة للقود كجناية الخطأ أو شبه العمد أو اتلاف مال فيكون هدرأ لأن العبد مال لسيده فلا يثبت له مال في ماله ، الثاني : أن تكون موجبة للقود فلا يخلو من أن تكون على النفس أو على ما دونها فإن كانت على ما دون النفس فالحق للسيد فان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال لما ذكرنا وكذلك ان عفا على غير مال ، وإن أحب أن يقتصر فله ذلك لأن السيد لا يملك الجناية على عبده فيثبت له ذلك بجنايته عليه ولأن القصاص يجب للزجر والحاجة تدعو الى زجره عن سيده فان اقتصر فعليه قيمته تكون رهنا مكانه وقضاء عن الدين لأنه يخرج عن كونه رهنا باختياره فكان عليه بدله كما لو أعتقه وإن كانت الجناية على النفس فللورثة استيفاء القصاص وليس لهم العفو على مال وذكر القاضي وجها آخر أن لهم ذلك لأن الجناية حصلت في ملك غيرهم فكان لهم العفو على مال كما لو جنى على أجنبي ، وللشافعي قولان كالمذهبين فان عفا بعض الورثة سقط القصاص وهل يثبت لغير العاق نصيبه من الدية ؟ على الوجهين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ما ذكرناه .

(فصل) وإن جنى العبد المرهون على عبد لسيده لم يخل من حالين . أحدهما : أن لا يكون مرهونا لحكمه حكم الجناية على طرف سيده له القصاص إن كانت جنايته موجبة له وإن عفا على مال أو غيره أو كانت الجناية لا توجب القصاص ذهبت هدرأ وسواء كان المجنى عليه قنا أو مدبرأ أو أم ولد ، الحال الثاني : أن يكون رهنا فلا يخلو إما أن يكون رهنا عند مرتته القاتل أو عند غيره فان كان عند

مرتبه القاتل والجناية موجبة للقصاص فليسيد القصاص فان اقتصر بطل الرهن في المجنى عليه وعليه قيمته للمقتصر منه فان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال وكانا رهنا بحق واحد فجنايته هدر لأن الحق يتعلق بكل واحد منهما فاذا قتل أحدهما بقي الحق متعلقا بالآخر ، وان كان كل واحد منهما مرهونا بحق مفر دفيقه أربع مسائل .
 أحدها . أن يكون الحقان سواء وقيمتها سواء فتكون الجناية هدرأ سواء كان الحقان من جنسين مثل أن يكون أحدهما بمائة دينار والآخر ألفـ درهم قيمتها مائة دينار أو من جنس واحد لأنه لا فائدة في اعتبار الجناية ، المسألة الثانية : أن يختلف الحقان وتنفق القيمتان مثل أن يكون دين أحدهما مائة ودين الآخر مائتين وقيمة كل واحد منهما مائة فان كان دين القاتل أكثر لم ينقل الى دين المقتول لعدم الغرض فيه ، وان كان دين المقتول أكثر فنقل الى القاتل لأن للمرتن غرضا في ذلك ، وهل يباع القاتل وتجعل قيمته رهنا مكان المقتول أو ينقل بحاله ؟ على وجهين ، أحدهما : لا يباع لانه لا فائدة فيه ، والثاني : يباع لانه ربما زاد فيه مزايد فبلغه أكثر من ثمنه فان عرض للبيـم فلم يزد فيه لم يبع لعدم ذلك

المسألة الثالثة : أن يتفق الدينان وتختلف القيمتان بأن يكون دين كل واحد منهما مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فان كانت قيمة المقتول أكثر فلا غرض في النقل فيبقى بحاله ، وان كانت قيمة الجاني أكثر يبع منه بقدر جنايته يكون رهنا بدين المجنى عليه والباقي رهن بدينه ، وان اتفقا على تبقيته ونقل الدين اليه صار مرهونا بهما فان حل أحد الدينين بيع بكل حال لانه ان كان دينه المعجل يبع ليستوفي من ثمنه وما بقي منه رهن بالدين الآخر فان كان المعجل الآخر يبع ليستوفي منه بقدره والباقي رهن بدينه . المسألة الرابعة ان يختلف الدينان والقيمتان مثل أن يكون أحد الدينين خمسين والآخر ثمانين وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فان كان دين المقتول أكثر نقل اليه والا فلا .

وأما ان كان المجنى عليه رهنا عند غيره مرتن القاتل فليسيد القصاص لانه مقدم على حق المرتن بدليل أن الجناية الموجبة للمال مقدمة عليه فالقصاص أولى فان اقتصر بطل الرهن في المجنى عليه لان الجناية عليه لم توجب مالا يجعل رهنا مكانه وعليه قيمة المنتصر منه تسكن رهنا لانه أبطل حق الوثيقة فيه باختياره ، وليسيد

العفو على مال فتصير الجناية كالجناية الموجبة للمال فيثبت المال في رقبة العبد لأن السيد لو جنى على العبد لوجب أرش جنايته لحق المرتهن فبان يثبت على عبده أولى فإن كان الارش لا يستغرق قيمته بعنا منه بقدر أرش الجناية يكون رهنا عند مرتين المجنى عليه وباقيه باق عند مرتبه، وإن لم يمكن بيع بعضه ببيع جمعه وقسم ثمنه بينهما على حسب ذلك رهناً ، وإن كانت الجناية تستغرق قيمته تمل الجاني فجعل رهناً عند الآخر ، ويحتمل أن يباع لاحتمال أن يرغب فيه راغب بأكثر من ثمنه فيفضل من قيمته شيء يكون رهناً عند مرتبه وهذا كله قول الشافعي .

فصل في

فإن كانت الجناية على موروث سعيده فيما دون النفس كأطرافه أو ماله فهي كالجناية على أجنبي وله النصاص إن كانت موجبة له والعفو على مال وغيره وإن كانت موجبة للمال ابتداء ثبت فإن اتسل ذلك الى السيد بموت المستحق فله ما لموروثه من النصاص والعفو على مال ، لأن الاستدامة أقوى من الابتداء لحاز أن يثبت بها مالا يثبت في الابتداء ، وإن كانت الجناية على نفسه بالقتل ثبت الحكم لسعيده وله أن يقتص فيما يوجب القصاص ، وإن عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداء فهل يثبت للسيد ؟ فيه وجهان .

أحدهما : ثبت وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن الجناية على غيره ، فأشبهت الجناية على مادون النفس ، والثاني : لا يثبت له مال في عبده ولا له العفو عليه وهو قول أبي ثور لأنه حق يثبت للسيد ابتداء فلم يكن له ذلك كما لو كانت الجناية عليه ، وأسئل الوجهين وجوب الحق في ابتدائه هل يثبت للقتيل ثم ينتقل الى وارثه أو يثبت للوارث ابتداء على وجهين ، وكل موضع ثبت له المال في رقبة عبده فإنه يقدم على الرهن ، لأنه يثبت للموروث كذلك فينتقل الى وارثه كذلك وإن اقتصر في هذه الصورة لم يلزمه بدل الرهن ، لأنه إذا قدم المال على حق المرتهن فالقصاص أولى ، ولأن القصاص يثبت للموروث مقدما على حق المرتهن فكذا في حق وارثه .

(فصل : وإن كانت الجناية على مكاتب السيد فهي كالجناية على ولده وتعييزه كموت ولده فيها ذكرنا والله أعلم .

فصل

فإن جنى العبد المرهون بإذن سيده وكان ممن يعلم تحريم الجناية وأنه لا يجب عليه قبول ذلك من سيده فهي كالجناية بغير إذنه ، وإن كان أعجمياً أو عبيداً لا يعلم ذلك فالسيد هو القاتل والقصاص والدية متعلقان به لا يباع العبد فيما هو سرّاً ذان السيد أو معسراً كما لو باشر السيد القتل ، وذو الرق القاضى وجهها آخر أن العبد يباع إذا كان السيد معسراً ، لأنه باشر الجناية ، والصحيح الأول : لأن العبد آلة فلو تعلقت الجناية به بيع فيها وإن كان السيد موسراً ، وحكم إقرار العبد بالجناية حكم إقرار العبد غير المرهون على ما مضى بيانه في موضعه .

« مسألة ، قال (وإن جرح العبد المرهون أو قتل فالحصم في ذلك سيده وما قبض بسبب ذلك من شيء فهو رهن) »

وجملته : أنه إذا جنى على الرهن فالحصم في ذلك سيده ، لأنه ماله كالأرض والواجب بالجناية ماله ، وإنما للرهن فيه حق الوثيقة فصار كالعبد المستأجر والمودع ، وبهذا قال الشافعى وغيره ، فإن ترك المطالبة أو أخرها أو كان غائباً أو له عذر ينعنه منها فللمرته المطالبة بها ، لأن حقه متعلق بوجهها فكان له الطلب به كما لو كان الجاني سيده ، ثم إن كانت الجناية موجهة للقصاص فالسيد القصاص ، لأنه حق له ، وإنما يثبت ليستوفى ، فإن اقتصر أخذت منه قيمة أقلهما قيمة فجعلت مكانه رهناً ، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ، وهذا قول إسحاق ويتخرج أن لا يجب عليه شيء وهو مذهب الشافعى ، لأنه لم يجب بالجناية مال ولا استحق بحال وليس على الراهن أن يسعى للمرتهن في اكتساب مال .

ولنا أنه أئلف مالا استحق بسبب اتلاف الرهن فغرم قيمته كما لو كانت الجناية موجهة للمال ، وهكذا الحكم فيما إذا ثبت القصاص للسيد في عبده المرهون ، وإنما أوجبنا أقل القيمتين ، لأن حق المرتهن إنما يتعلق بالمالية والواجب من المال هو أقل القيمتين ، لأن الرهن إن كان أقل لم يجب أكثر من قيمته ، وإن كان الجاني أقل لم يجب أكثر من قيمته وإن عفا على مال صح عفوه ووجب أقل القيمتين لما ذكرنا ، هذا إذا كان القصاص قتلاً ، وإن كان جرحاً أو قلع

سنا ونحوه فالواجب بالعفو أقل الأمرين من أرش الجرح أو قيمة الجاني، وإن عفا مطلقاً أو على غير مال اتبني ذلك على موجب العمد ما هو .

فإن قلنا : موجب أحد شيئين ثبت المال ، وإن قلنا موجب القصاص عينا فكذلك حكم ما لو اقتص ، إن قلنا ثم نسب قيمته على الرهن وجب ههنا ، وهو اختيار أبو الخطاب ، لأنه فوت بدل الرهن بفعله أشبه ما لو اقتص ، وإن قلنا : لا يجب على الراهن شيء ثم لم يجب ههنا شيء ، وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لأنه اكتساب مال فلا يجبر عليه .

وأما إن كانت الجناية موجبة للمال أو ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة للنصاص فإنه يتعلق به حق الراهن والمرتهن ويكون من غالب نقد البلد كقيم المتلفات فلو أراد الراهن أن يصالح عنها أو يأخذ حيواناً عنها لم يجز إلا بإذن المرتهن فإن أذن فيه جاز ، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما وما قبض من شيء فهو رهن بدلا عن الأول نائباً عنه وقائماً مقامه فإن عفا الراهن عن المال ، فقال القاضي يسقط حق الراهن دون حق المرتهن فتؤخذ القيمة تكون رهناً فإذا زال الرهن رجع الأرش إلى الجاني كما لو أقر أن الرهن مخصوب أو جان ، وإن استوفى الدين من الأرش احتمل أن يرجع الجاني على العافي ، لأن ماله ذهب في قضاء دينه فلزمته غرامته كما لو غصبه أو استعاره فرهته واحتمل أن لا يرجع عليه ، لأنه لم يوجد منه في حق الجاني ما يقتضي وجوب الضمان ، وإنما استوفى بسبب كان منه حال ملكه ، فأشبه ما لو جنى إنسان على عبده ثم وهبه لغيره فتلف بالجناية السابقة ، وقال أبو الخطاب . يصح العفو مطلقاً ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهناً لأنه أسقط دينه عن غريمه فصح كسائر ديونه قال ولا يمكن كونه رهناً مع عدم حق الراهن فيه فلزمته القيمة لتفويته حق المرتهن ، فأشبه ما لو تلف بدل الرهن ، وقال الشافعي : لا يصح العفو أصلاً ، لأن حق المرتهن متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه كالرهن نفسه وكما لو وهب الرهن أو غصب فعني عن غاصبه ، وهذا أصح في النظر .

وإن قال المرتهن أسقطت حتى من ذلك سقط لأنه بنفع الراهن ولا يضره ، وإن قال أسقطت الأرش أو أبرأت منه لم يسقط : لأنه ملك للراهن فلا يسقط

بإسقاط غيره وهل يسقط حقه ؟ فيه وجهان . أحدهما : يسقط وهو قول القاضي لأن ذلك يتضمن إسقاط حقه ، فإذا لم يسقط حق غيره سقط حقه كما لو قال أسقطت حق وحقي الراهن ، والثاني . لا يسقط ، لأن العفو والإبراء منه لا يصح فلم يصح ما تضمنه .

(فصل) وإذا أقر رجل بالجناية على الرهن فكذباه فلا شيء لهما ، وإن كذبه المرتهن وصدقه الراهن فله الأرض ولا حق للمرتهن فيه ، فإن صدقه المرتهن وحده تعلق حقه بالأرض وله قبضه ، فإذا قضى الراهن الحق أو أبرأه المرتهن رجع الأرض إلى الجاني ولا شيء للراهن فيه ، وإن استوفى حقه من الأرض لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء ، لأنه مقرر له باستحقاقه .

فصل

ولو كان الرهن أمة حاملا فضرِب بطنها أجنبي فالقت جنينا ميتا ففيه عشر قيمة أمه ، وإن أنته حيا ثم مات لوقت يعيش مثله ففيه قيمته ولا يجب ضمان نقص الولادة ، لأنه لا يتميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها ، ويحتمل أن يضمن نقصها بالولادة ، لأنه حصل بفعله فلزمه ضمانه كما لو غصبها ثم جنى عليها ، ويحتمل أن يجب أكثر الأمرين من نقصها أو ضمان جنينها ، لأن سبب ضمانها وجد فاذا لم يجمع ضمانها وجب ضمان أكثرهما ، وإن ضرب بطن بهيمة فالقت ولدها ميتا ففيه ما نقصتها الجناية لا غير وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع الام ، وقال الشافعي : ما وجب لنقص الام أو لنقص البهيمة فهو رهن معها وكذلك ما وجب في ولدها وما وجب في جنين الامة فليس برهن ، لأن نماء الرهن ليس برهن ، ولنا : أن هذا ضمان يجب بسبب الجناية على الرهن فكان من الرهن كالواجب لنقص الولادة وضمان ولد البهيمة ، وقولهم : إن نماء الرهن لا يدخل في الرهن غير مسلم .

مسألة ، قال (وإذا اشترى منه سلعة على أن يرهنه بها شيئا من ماله يعرفانه أو على أن يعطيه بائنا حميلا يعرفانه فالبيع جائز ، فإن أبي تسليم الرهن أو أبي الحمل أن يتحمل فالبايع مخير في فسخ البيع وفي إقامته بلا رهن ولا حمل)

الجميل : الضمين وهو فعيل بمعنى فاعل يقال ضمين وحميل وقبيل وكفيل وزعيم وعبير بمعنى واحد ، وجملة ذلك : أن البيع بشرط الرهن أو الضمين صحيح والشرط صحيح أيضا ، لانه من مصلحة العقد غير منافع لمقتضاه ولا نعلم في محته خلافا إذا كان معلوما ، ولذلك قال الحرقى يعرفانه في الرهن والضمين معا ، ومعرفة الرهن تحصل بأحد شيئين : المشاهدة أو الصفة التي يعلم بها الموصوف كما في السلم ويتعين بالتبض ، وأما الضمين : فيعلم بالإشارة إليه أو تعريفه بالإسم والنسب ولا يصح بالصفة بأن يقول رجل غني من غـير تعيين ، لأن الصفة لا تأتي عليه ، ولو قال بشرط رهن أو ضمين كان فاسداً ، لأن ذلك يختلف وليس له عرف بنصرف إليه باطلاق ، ولو قال بشرط رهن أحد هذين العبدین أو يضمني أحد هذين الرجلين لم يصح ، لأن الغرض يختلف فلم يصح مع عدم التعيين كالبيع : وهذا مذهب الشافعي .

وحكى عن مالك وأبي ثور : أنه يصح شرط الرهن المجهول ويلزمه أن يدفع إليه رهنا بقدر الدين ، لانه وثيقة فجاز شرطها مطلقا كالشهادة ، وقال أبو حنيفة : إذا قال علي أن أرهنك أحد هذين العبدین جاز ، لان بيعه جائز عنده .

ولنا أنه شرط رهنا مجهولا فلم يصح كما لو شرط رهن مافي كنهه ولانه عقد يختلف فيه المعقود عليه فلم يصح مع الجهل كالبيع ، وفارق الشهادة فان لها عرفا في الشرع حملت عليه ، والكلام مع أبي حنيفة قد منى في البيع فان الخلاف فيهما واحد ، إذا ثبت هذا : فان المشتري ان وفى بالشرط فسلم الرهن أو حمل عنه الجميل لزم البيع وان أبى تسليم الرهن أو أبى الجميل أن يتحمل عنه فالبائع الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه والرضا به بلا رهن ولا حميل فان رضى به لزمه البيع ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا يلزم المشتري تسليم الرهن .

وقال مالك وأبو ثور : يلزم الرهن إذا كان مشروطا في عند البيع وهجر عليه المشتري وان وجده الحاكم دفعه إلى البائع ، لأن عقد البيع وقع عليه فأشبه الخيار ، وقال القاضي : ما عدا المكيل والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد : وقد مضى الكلام معهم في أول الباب ، ولانه رهن فلم يلزم قبل القبض كما لو لم

يكن مشروطا في البيع أو كغير المكيل والمرزون ، وإنما لزم الخيار والأجل بالشرط ، لأنه من توابع البيع لا يفرد بنفسه ، والرهن عقد منفرد بنفسه ليس من التوابع ، ولأن الخيار والأجل يثبت بالقول ولا يفترق إلى تسليم ، فاكتمل في ثبوته بمجرد القول بخلاف الرهن ، فأما الضمين فلا خلاف في أنه لا يلزمه الضمان إذا لا يلزمه شغل ذمته وأداء دين غيره باشتراط غيره ، ولو وعده بأنه يضمن ثم لم يفعل لم يلزم في الحكم كما لو وعده أنه يبيعه ثم أبى ذلك ، ومتى لم ينف المسمى للبائع بشرطه كان له الفسخ كما لو شرط صفة في الثمن فلم يف بها ، ولأنه أحد المتعاقدين فإذا لم يف بما شرط في العقد ثبت الخيار لصاحبه كالبايع إذا شرط المبيع على صفة فإن بخلافها .

فصل في عقود الرهن

ولو شرط رهنا أو ضمينا معينا فجاء بغيرهما لم يلزم البائع قبوله ، وإن كان ما أتى به خيرا من المشروط ، مثل أن يأتي بأكثر قيمة من المشروط وحيل أو ثق من المعين ، لأنه عقد على معين فلم يلزمه قبول غيره كالبيع ، ولأن الغرض يختلف بالاعيان ، فنها ما يسهل بيعه والاستيفاء من ثمنه ، ومنها ما هو أقل مؤنة وأسهل حفظا وبعض الذمم أملا من بعض وأسهل إيفاء فلا يلزمه قبول غير ما عينه كسائر العقود .

(فصل) وإن تعيب الرهن أو استحال العصور خرا قبل قبضه فللبائع الخيار بين قبضه معينا ورضاه بلا رهن فيما إذا تخمر العصور وبين فسخ البيع ورد الرهن ، وإن علم بالتعيب بعد قبضه فكذاك وليس له مع إمساكه أرش من أجل العيب . لأن الرهن إنما لزم فيما حصل قبضه وهو الموجود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه فلم يلزم الارش بدلا عنه بخلاف المبيع ، وإن تلف أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع ، وإن اختلفا في زمن حدوث العيب وهو مما لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله من غير بين ، لأن البين إنما تراد لدفع الاحتمال وهذا لا يحتمل ، وإن احتمل قوليهما معاً اتبني على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب في المبيع ؛ وفيه روايتان فيكون فيه ههنا وجهان : أحدهما القول قول الراهن ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، لأن الأصل صحة العقد ولزومه

والآخر القول قول المرتن ، وهو قياس قول الخرق لقوله مثل ذلك في البيع لانهما اختلفا في قبض المرتن للجزء الفائت ، فكان القول قوله كما لو اختلفا في قبض جزء منفصل منه ، وان اختلفا في زمن التلف فقال الراهن بعد القبض . وقال المرتن قبله فالقول قوله لأنه منكر القبض ، وإن كان الرهن عصيرا فاستحال خيرا واختلفا في زمن استحالة فالقول قول الراهن ، نص عليه أحمد . وقال القاضي : يخرج فيه رواية أخرى أن القول قول المرتن كالإختلاف في البيع وهو قول أبي حنيفة ، لأن الأصل عدم القبض كما لو اختلفا في زمن التلف ولنا أنها اتفقا على العقد والقبض واختلفا فيما يفسد به ، فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويفارق اختلافهما في حدوث العيب من وجهين أحدهما أنها اتفقا على القبض ههنا وثم اختلفا في قبض الجزء الفائت الثاني أنها اختلفا هنا فيما يفسد العقد والعيب بخلافه

فصل

ولو وجد بالرهن عيبا بعد أن حدث عنده عيب آخر فله رده وفسخ البيع ؛ لأن العيب الحادث في ملك الراهن لا يلزم المرتن ضمانه بخلاف المبيع ، وخرجه القاضي على روايتين بناء على البيع فعلى قوله لا يملك الرد لا يملك الفسخ ، والصحيح ما ذكرناه ، وإن هلك الرهن في يد المرتن . ثم علم أنه كان معيبا لم يملك فسخ البيع لأنه تعذر عليه رده ، فإن قيل فالرهن غير مضمون ولهذا لا يمتنع رده بحدوث العيب فيه ، قلنا : إنما تضمن قيمته . لأن العقد لم يقع على ملكه وإنما وقع على الوثيقة فهو مضمون بالوثيقة . أما إذا تعيب فقد رده فيستحق بدل ما رده ، وههنا لم يرد شيئا ، فلو أوجبنا له بدله لأوجبنا على الراهن غير ما شرط على نفسه

(فصل)

ولو لم يشترط رهننا في البيع فقتطوع المشتري برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط في البيع ولا ينفك شيء منه حتى يقضى جميع الدين ولا يملك الراهن انتزاعه ولا التصرف فيه الا بإذن المرتن الا أنه اذا رده بعيب أو غيره لم يملك فسخ البيع .

(فصل) واذا تبايعا بشرط أن يكون المبيع رهننا على ثمنه لم يصح ، قاله

ابن حامد وهو قول الشافعي ، لأن المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكا له ؛ وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه أو شرط رهنه قبل قبضه .

وروي عن أحمد أنه قال : إذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنا إلا أن يكون شرطا عليه في نفس البيع ، وهذا يدل على صحة الشرط لأنه يجوز بيعه بجاز رهنه .

وقال القاضي : معنى هذه الرواية أنه شرط عليه في نفس البيع رهنا غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن وإن لم يف به فسخ البيع ، فأما شرط رهن المبيع بعينه على ثمنه فلا يصح لوجوه . منها أنه غير ملوك له ، ومنها أن البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع ، والرهن يقتضي الوفاء منه ، ومنها أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولا ورهن المبيع يقتضي أن لا يسلبه حتى يقبض الثمن ، ومنها أن البيع يقتضي أن يكون امساك المبيع مضمونا والرهن يقتضي أن لا يكون مضمونا ، وهذا يوجب تناقض أحكامهما ، وظاهر الرواية صحة رهنه

وقولهم أنه غير ملوك . قلنا إنما شرط رهنه بعد ملكته ، وقولهم البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع غير صحيح إنما يقتضي وفاء الثمن مطلبا ، ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاستوفى من ثمنه وقولهم البيع يقتضي تسليم المبيع قبيل تسليم الثمن ممنوع وإن سلم فلا يمتنع أن يثبت بالشرط خلافه ، كما أن مقتضى البيع حلول الثمن ووجوب تسليمه في الحال ، ولو شرط التأجيل جاز ، وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والتمكين من التصرف فيه وينبغي بشرط الخيار . وهذا هو الجواب عن الوجه الثالث والرابع

فأما إن لم يشترط ذلك في البيع لكان رهنه عنده بعد البيع : فإن كان بعد لزوم البيع فالأولى صحته لأنه يصح رهنه عند غيره نصحه عنده كغيره : ولأنه يصح رهنه على غير ثمنه فصح رهنه على ثمنه ، وإن كان قبل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف في المبيع ، ففي كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه بما لا فلا لأنه نوع تصرف فأشبهه

(فصل) وإذا شرط في البيع رهنا فاسدا كالمحرم والمجهول والمعدوم ومالا يقدر على تسليمه أو غير المعين أو شرطا رهن المبيع على ثمنه ففي فساد البيع روايتان

مضى توجيها في الشروط الفاسدة في البيع ، واختار أبو الخطاب هنا فساد البيع ، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، وقد مضى ذكر ذلك

م (فصل) والشروط في الرهن تنقسم قسمين : صحيحا وفاسدا ، فالصحيح مثل أن يشترط كونه على يد عدل عينه أو عدلين أو أكثر ، أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق ، ولا نعلم في صحة هذا خلافاً ؛ وإن شرط أن يبيعه المرتن صح ، وبه قال أبو حنيفة ومالك . وقال الشافعي لا يصح لأنه توكيل فيما يتنافى فيه الغرضان فلم يصح ، كما لو وكله في بيعه من نفسه ، ووجه التنافي أن الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط في توفير الثمن ، والمرتن يريد تعجيل الحق وإنجاز البيع

ولنا أن ما جاز توكيل غير المرتن فيه جاز توكيل المرتن فيه كبيع عين أخرى ، ولأن من جاز أن يشترط له الإمساك جاز اشتراط البيع له كالعدل ولا يضر اختلاف الغرضين إذا كان غرض المرتن مستحقا له ، وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وإنجاز البيع ، وعلى أن الراهن إذا وكله مع العلم بغرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السماح به ، كما لو وكل فاسقا في بيع ماله وقبض ثمنه ، ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه ، وإن سلينا فلان الشخص الواحد يكون بائعا مشتريا وموجبا قابلا وقابضا من نفسه لنفسه بخلاف مسائلنا

(فصل) وإذا رهنه أمة فشرطا كونها عند امرأة أو ذى محرم لها أو كونها في يد المرتن أو أجنبي على وجه لا يفرضى إلى الخلوة بها ، مثل أن يكون لهما زوجات أو سراري أو نساء من محارمهما معهما في دارهما جاز ، لأنه لا يفرضى إلى محرم ، وإن لم يكن كذلك ففسد الشرط ، لأنه يفرضى إلى الخلوة المحرمة ولا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن لأنه لا يعود إلى نقص ولا ضرر في حق المتعاقدين ويكون الحكم فيه كما لو رهنها من غير شرط يصح الرهن ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تسكن عنده ، وإن كان الرهن عبدا فشرط موضعه جاز وإن لم يشترط موضعه صح أيضا كالأمة ، ويحتمل أن لا يصح لأن للأمة عرفا بخلاف العبد ، والاول أصح ، فإن الأمة إذا كان المرتن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد ، وإذا كان مرتن العبد امرأة لا زوج لها فشرطت كونه عندها على وجه يفرضى إلى خلوته بها لم يجوز أيضا فاستويا .

(فصل) والقسم الثاني الشروط الفاسدة ، مثل أن يشترط ما يناق مقتضى الرهن نحو أن يشترط أن لا يباع الرهن عند حلول الحق أو لا يستوفى الدين من ثمنه أو لا يباع ما خيف تلفه أو يبع الرهن بأى ثمن كان أو أن لا يبيعه إلا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى العقد ، فإن المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود ، وكذلك ان شرطاً الخيار للراهن أو أن لا يكون العقد لازماً في حقه أو توقيت الرهن أو أن يكون رهناً يوماً ويوماً لا ، أو كون الرهن في يد الراهن أو أن ينتفع به أو ينتفع به المرتهن أو كونه مضموناً على المرتهن أو العدل ، فهذه كلها فاسدة لأن منها ما يناق مقتضى العقد ومنها ما لا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته وإن شرطاً شيئاً منها في عقد الرهن فقال القاضى : يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال ، لأن العاقد إنما يذل ملكه بهذا الشرط - فإذا لم يسلم له لم يصح العقد لعدم الرضى به بدونه ؛ وقيل ان شرط الرهن مؤقتاً أو رهنه يوماً ويوماً لا يفسد الرهن وعمل يفسد بسائرهما ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع . ونصر أبو الخطاب في رموس المسائل صحته ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن النبی (ص) قال « لا يعلق الرهن » وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده . وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله وجهاً واحداً وما لا فعلى وجهين ، وهذا مذهب الشافعى ، لأن المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له ، فإذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن (فصل) وان شرط أنه متى حل الحق ولم يوفى فالرهن لى بالدين أو فهو مبيع لى بالدين الذى عليك فهو شرط فاسد . روى ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعى ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، لانعلم أحداً خالفهم ، والأصل فى ذلك ما روى معاوية بن عبد الله بن جعفر قال : قال رسول الله (ص) « لا يعلق الرهن » رواه الاثرم . قال الاثرم قلت لأحمد : ما معنى قوله لا يعلق الرهن ؟ قال لا يدفع رهناً الى رجل ويقول إن جئتك بالدرهم إلى كذا وكذا والا فالرهن لك . قال ابن اللذرى : هذا معنى قوله « لا يعلق الرهن » عند مالك والثورى وأحمد

وفى حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر أن رجلاً رهن داراً بالمدينة الى أجل مسمى فمضى الاجل ، فقال الذى ارتهن منزلى ، فقال النبی صلى الله عليه وسلم لا يعلق الرهن ، ولأنه علق البيع على شرط فإنه جعله مبيعاً بشرط أن لا يوفيه

الحق في محله والبيع المعاق بشرط لا يصح وإذا شرط هذا الشرط ففسد الرهن ؛
ويخرج أن لا يفسد لما ذكرنا في سائر الشروط الفاسدة وهذا ظاهر قول
أبي الخطاب في رموس المسائل واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يغلق
الرهن ، فنفى غلقه دون أصله فيدل على صحته ولأن الراهن قد رضى برهنه مع هذا
الشرط فمع بطلانه أولى أن يرضى به ، ولنا أنه رهن بشرط فامد فكان فاسداً كما
لو شرط توفيته وليس في الخبر أنه شرط ذلك في ابتداء العقد فلا يكون فيه حجة .

{ فصل }

ولو قال الغريم رهنتك عبدى هذا على أن تزيدنى في الأجل كان باطلا ، لأن
الأجل لا يثبت في الدين إلا أن يكون مشروطاً في عقد وجب به فإذا لم يثبت
الأجل لم يصح الرهن ، لأنه جعله في مقابلته ، ولأن ذلك يضاهى ربا الجاهلية
كانوا يزيدون في الدين ليزدادوا في الأجل .

(فصل) إذا كان له على رجل ألف فقال : أقرضنى ألفاً بشرط أن أرهنتك
عبدى هذا بالالفين فنقل حنبل عن أحد أن القرض باطل وهو مذهب الشافعى
لأنه قرض يجر منفعة وهو الاستيثاق بالالف الاول ، وإذا بطل القرض بطل
الرهن ، فإذا قبل أليس لو شرط أنه يعطيه رهناً بما يقتضيه جاز ؟ قلنا ليس هذا
قرضاً جر منفعة لأن غاية ما حصل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما أقرضه وهو مثله
والقرض يقتضى وجوب الوفاء ، وفي مسألتنا شرط . في هذا القرض الاستيثاق
أدنيه الاول فقد شرط استيثاقاً لغير موجب القرض .

ونقل منها أن القرض صحيح ، ولعل أحد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط
كيبلاً يفضى إلى جر المنفعة بالقرض أو حكم بفساد الرهن في الألف الاول وحده
وصححه فيما عداه ولو كان مكان القرض بيع فقال : يعنى عبدك هذا بألف على أن
أرهنتك عبدى به وبالألف الآخر الذى على فالبيع باطل رواية واحدة ، لأن
الثن مجهول فإنه جعل الثمن ألفاً ومنفعة هى وثيقة بالألف الاول وتلك المنفعة مجهولة ،
ولأنه شرط عقد الرهن بالألف الاول فلم يصح كما لو أفردته أو كما لو باعه
داره بشرط أن يبيعه الآخر داره . -

(فصل) وإذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمانه ، لأنه قبضه بحكم

أنه رهن وكل عقد كان صحيحه غير مضمون أو مضمونا ففاسده كذلك فإن كان مؤقنا أو شرط أنه يصير المرتهن بعد انقضاء مدته صار بعد ذلك مضمونا لانه مقبوض بحكم بيع فاسد وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان فان كان أرضا فغرسها قبل انقضاء الاجل فهو كغرس الغاصب لانه غرس بغير إذن وان غرس بعد الاجل وكان قد شرط أن الرهن يصير له فقد غرس باذن لان البيع وان كان فاسدا فقد تضمن الاذن في التصرف فيكون الراهن خيرا بين ثلاثة أشياء . بين أن يقر غرسه له وبين أخذه بقيمته وبين أن يجبره على قلعه ويضمن له ما نقص .

« مسألة ، قال ﴿ ولا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء الا ما كان مركوبا أو مخلوبا فيركب ويحلب بقدر العلف ﴾

الكلام في هذه المسألة في حالين ، أحدهما : ما لا يحتاج الى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال ، لا نعلم في هذا خلافا لان الرهن ملك الراهن فكذلك نمائوه ومنافعه فليس لغيره أخذها بغير اذنه ، فان أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض وكان دين الرهن من قرض لم يجوز لانه يحصل قرضا يجر منفعة وذلك حرام ، قال أحمد . أكره قرض الدور وهو الربا المحض : يعنى اذا كانت الدار رهنا في قرض ينتفع بها المرتهن وان كان الرهن بضمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك ، روى ذلك عن الحسن وابن سيرين ، وبه قال اسحاق .

فأما ان كان الانتفاع بعوض مثل ان استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها من غير حباة جاز في القرض وغيره لكونه ما انتفع بالقرض بل بالإجارة وان حباها في ذلك لحكمه حكم الانتفاع بغير عوض لا يجوز في القرض ويجوز في غيره ، ومم استأجرها المرتهن أو استعارها فظاهر كلام أحمد أنها تخرج عن كونها رهنا فتقضى الانتفاع بالإجارة أو العارية عاد الرهن بحاله ، قال أحمد في رواية الحسن ابن ثواب عن أحمد اذا كان الرهن دارا فقال المرتهن اسكنها بكرائها وهى وثيقة بحق ينقل فيصير ديننا ويتحول عن الرهن وكذلك ان أكرها للراهن ، قال أحمد

في رواية ابن منصور إذا ارتهن داراً ثم أكرها لصاحبها خرجت من الرهن فإذا رجعت إليه صارت رهناً ، والأولى أنها لا تخرج عن الرهن إذا استأجرها المرتهن أو استعارها لأن القبض مستدام ولا تنافي بين العقدين وكلام أحمد في رواية الحسن ابن ثواب محمول على أنه أذن للراهن في سكنها كما في رواية ابن منصور ، لأنها خرجت عن يد المرتهن فزال لزوم لزوال اليد بخلاف ما إذا سكنها المرتهن ومتى استعار المرتهن الرهن صار مضموناً عليه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا ضمان عليه ، ومبنى ذلك على العارية فإنها عندنا مضمونة وعنده غير مضمونة .

(فصل)

فإن شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن فالشرط فاسد لأنه يناfi مقتضى الرهن ، وعن أحمد أنه يجوز في المبيع ، قال القاضي : معناه أن يقول بعتك هذا الثوب بدينار بشرط أن ترهنني عبدك يخدمني شهراً فيسكون ببعاً وإجارة فهو صحيح ، وإن أطلق فالشرط باطل لجبالته ، وقال مالك : لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن إلى أجل في الدور والأرضين وكرمه في الحيوان والثياب وكرمه في القرض ، ولنا أنه شرط في الرهن ما ينافيه فلم يصح كما لو شرطه في القرض .

(فصل) الحال الثاني : ما يحتاج فيه إلى مونة لحكم المرتهن في الانتفاع به بعوض أو بغير عوض بإذن الراهن كالقسم الذي قبله ، وإن أذن له في الاتفاق والانتفاع بقدره جاز لأنه نوع معاوضة ، وأما مع عدم الإذن فإن الرهن ينقسم قسمين محلوباً ومركوباً وغيرهما ، فأما المحلوب والمركوب فالمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب بقدر نفقته متحريراً للعدل في ذلك ، نص عليه أحمد في رواية محمد ابن الحكم وأحمد بن القاسم واختاره الحرق وهو قول إسحاق ، وسواء أففق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبته أو امتناعه من الاتفاق أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه ، وعن أحمد رواية أخرى لا يحاسب له بما أففق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشيء ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الرهن من راهته له غنمه وعليه غرمه » ولأنه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الاتفاق عليه فلم يكن له ذلك كغير الرهن .

ولنا ما روى البخاري وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الظهر يركب بنفته إذا كان مرهونا ، ابن الدر يشرب بنفته إذا كان مرهونا ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة فجعل منفعة بنفته وهذا محل النزاع : فإن قيل : المراد به أن الراهن ينفق وينتفع قلنا : لا يصح لوجهين ، أحدهما : أنه قد روى في بعض الألفاظ إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها وابن الدر يشرب وعلى الذي يشرب ويركب نفقته فجعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع ، والثاني : أن قوله بنفته يشير إلى أن الانتفاع عوض النفقة وإنما ذلك حق المرتهن ، أما الراهن فانتفاعه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر ، ولأن نفقة الحيوان واجبة وللمرتهن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من ثمن الرهن والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه فجاز ذلك كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير إذنه والنيابة عنه في الإنفاق عليها ، والحديث يدل على ذلك ، وهذا فيمن أنفق محتسبا بالرجوع ، فأما أن أنفق متبرعا بغير نية الرجوع لم ينتفع به رواية واحدة .

(فصل) وأما غير المحلوب والركوب فيتنوع نوعين حيوان وغيره ، فأما الحيوان كالعبد والامة ونحوهما فهل للمرتحن أن ينفق عليه ويستخدمه بقدر نفقته ، ظاهر المذهب أنه لا يجوز ، ذكره الحرق ونص عليه أحمد في رواية الأثرم قال . سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه فقال . الرهن لا ينتفع منه بشيء إلا حديث أبي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف ، قلت له فإن كان اللبن والركوب أكثر قال لا إلا بقدر ، ونقل حنبل عن أحمد أن له استخدام العبد أيضا وبه قال أبو ثور . إذا امتنع المالك من الإنفاق عليه قال أبو بكر . خالف حنبل الجماعة ، والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء إلا ما خصه الشرع به فإن القياس يقتضي أن لا ينتفع بشيء منه تركناه في الركوب والمحلوب للأثر ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس .

النوع الثاني . غير الحيوان كدار استهدمت فعمرها المرتحن لم يرجع بشيء

رواية واحدة ، وليس له الانتفاع بها بقدر نفقته فان عمارتها غير واجبة على الراهن فلايس لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمه فان فعل كان متبرعا بخلاف الحيوان فإنه يجب على مالكة الإنفاق عليه لحرمة في نفسه .

(فصل) فأما الحيوان إذا أنفق عليه متبرعا لم يرجع بشيء لانه تصدق به فلم يرجع بعوضه كما لو تصدق على مسكين ، وان نوى الرجوع على مالكة وكان ذلك باذن المالك رجع عليه لانه تاب عنه في الإنفاق باذنه فكانت النفقة على المالك كما لو وكله في ذلك ، وان كان بغير اذنه فهل يرجع عليه ؟ يخرج على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير اذنه لانه تاب عنه فيما يلزمه ، وقال أبو الخطاب . ان قدر على استئذانه فلم يستأذنه فهو متبرع لا يرجع بشيء ، وان عجز عن استئذانه فعلى روايتين وكذلك الحكم فيما اذا مات العبد المرهون فكفنه والاول اقيس في المذهب اذ لا يعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم .

(فصل) واذا انتفع المرتن بالرهن باستخدام أو ركوب أو لبس أو استرضاع أو استغلال أو سكنى أو غيره حسب من دينه بقدر ذلك ، قال أحمد . يوضع عن الراهن بقدر ذلك لان المنافع ملك الراهن فاذا استوفاهما فعليه قيمتها في ذمته للراهن فيتقاص القيمة وقدرها من الدين ويتساقطان .

« مسألة ، قال (وغلة الدار وخدمة العبد وحل الشاة وغيرها وثمره الشجرة المرهونة من الرهن »

أراد بغلة الدار أجزاها وكذلك خدمة العبد ، وجملة ذلك أن تمام الرهن جميعه وغلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده كالاصل ، واذا احتيج الى بيعه في وفاء الدين بيع مع الاصل سواء في ذلك المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالكسب والاجرة والولد والثمره واللبن والصوف والشعر ؛ وينحو هذا قال النخعي والشعبي وقال الثوري وأصحاب الرأي . في التمام يتبع ، وفي الكسب لا يتبع ، لان الكسب في حكم الكتابة والاستيلاء والتدبير فلا يتبع في الرهن كأعيان مال الراهن ، وقال مالك . يتبع الولد في الرهن خاصة دون سائر التمام لان الولد يتبع الاصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد .

وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر : لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من السكسب ، لأنه حق تعلق بالأصل يستوفى من ثمنه فلا يسرى إلى غيره . كحق الجناية ، قال الشافعي : ولو رهنه ماشية مخاضاً فتدبت فالتج خارج من الرهن وخالفه أبو ثور وابن المنذر ، ومن حججهم أيضاً قول النبي : « الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه » ، والنماء غنم فيكون للرهن ، ولأنها عين من أعيان ملك الراهن لم يعقد عليها عقد رهن فلم تكن رهنًا كسائر ماله .

ولنا أنه حكم ثبت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره ، ولأن النماء نماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالتصل ، ولأنه حق مستقر في الأم ثبت برضى المالك فيسرى إلى الولد كالتدبير والاستيلاء .

ولنا على مالك أنه نماء حادث من عين الرهن فسرى إليه حكم الرهن كالولد . وعلى أبي حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع السكسب كالشراء ، فأما الحديث فنقول به وأن غنمه ونمائه وكسبه للرهن لكن يتعلق به حق الرهن كالأصل فإنه للرهن والحق متعلق به ، والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تبع فثبت له حكم أصله ، وأما حق الجناية ، فإنه ثبت بغير رضى المالك فلم يتعد ما ثبت فيه ولأنه جزء عدوان فاختص الجاني كالقصاص ، ولأن السراية في الرهن لا تفضي إلى استيفاء أكثر من دينه فلا يكثر الضرر فيه .

(فصل) وإذا ارتهن أرضاً أو داراً أو غيرهما تبعه في الرهن ما يتبع في البيع فإن كان في الأرض شجر فقال : رهنتك هذه الأرض بحقوقها أو ذكر ما يدل على أن الشجر في الرهن دخل فيه ، وإن لم يذكر ذلك فهل يدخل الشجر في الرهن ؟ على وجهين بناء على دخوله في البيع ، وإن رهنه شجراً مثمراً وفيه ثمرة ظاهرة لم تدخل في الرهن كما لا تدخل في البيع وإن لم تكن ظاهرة دخلت .

وقال الشافعي : لا تدخل الثمرة في الرهن بحال ، وقال أبو حنيفة : تدخل بكل حال لأن الرهن عنده لا يصح على الأصول دون الثمرة وقد قصد إلى عقد صحيح فتدخل الثمرة ضرورة الصحة .

ولنا أن الثمرة المؤبرة لا تدخل في البيع مع قوته وإزالته للملك البائع فالرهن مع ضعفه أولى ، وعلى الشافعي أنه عقد على الشجرة فاستتبع الثمرة غير المؤبرة

كالمبيع ويدخل في الرهن الصوف واللبن والموجودان كما يدخل في البيع ، وكذلك الحمل وسائر ما يبيع في البيع : لأنه عقد وارد على العين فدخلت فيه هذه التوابع كالمبيع : ولو كان الرهن داراً ففربت كانت أنقاضها رهناً لأنها من أجزائها وقد كانت مرهونة قبل خرابها ، ولو رهنه أرضاً فبنت فيها شجر فهو من الرهن سواء بنت بفعل الراهن أو بفعل غيره لأنه من نمائها .

(فصل)

وإنس الراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك ولا يملك التصرف فيه بإجارة ولا إعارة ولا غيرهما بغير رضى المرتهن وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي .

وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : للراهن إجارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين وهل له أن يسكن بنفسه ؟ على اختلاف بينهم فيه ، وإن كان الرهن عبداً فله استيفاء منافعه بغيره وهل له ذلك بنفسه ؟ على الخلاف ، وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص بالانتفاع وبنوه على أن المنافع للراهن لا تدخل في الرهن ولا يتعلق بها حقه ، وقد سبق الكلام في هذا : ولأنها عين عبوسة فلم يكن للبائع الانتفاع بها كالمبيع المحبوس عند البائع على استيفاء ثمنه ، أو نقول : نوع انتفاع فلا يملكه الراهن كالذي ينقص قيمة الرهن .

إذا ثبت هذا : فإن المزارع إذا لم يتفقا على الانتفاع بها لم يجر الانتفاع بها وكانت منافعها معطلة ، فإن كانت داراً أغلقت وإن كان عبداً أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن ، وإن اتفقا على إجارة الرهن أو إعارته جاز ذلك . هذا ظاهر كلام الحرق لأنه جعل غلة الدار وخدمة العبد رهناً ، ولو عطلت منافعهما لم يكن لهما غلة ، وقال ابن أبي موسى إن أذن الراهن للمرتهن في إعارته أو إجارته جاز والأجرة رهن ، وإن أجره الراهن يأذن المرتهن خرج من الرهن في أحد الوجهين ، والآمر لا يخرج كما لو أجره المرتهن .

وقال أبو الخطاب في المشاع يؤجره الحالك لها ، وذكر أبو بكر في الخلاف أن منافع الرهن تعطل مطلقاً ولا يؤجره ، وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي وقالوا : إذا أجر الراهن الرهن يأذن المرتهن كان إخراجاً من الرهن لأن الرهن

يقتضى حبسه عند المرتهن أو نائبه على الدوام فتي وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن .

ولنا أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين واستيفاءه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن ، وهذا لا ينافي الانتفاع به ، ولا إجارته ولا اعارته ، فجاز اجتماعهما كانتفاع المرتهن به ولأن تعطيل منفعة تضيق للمال ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعه المال ولأنه عين تعلق بها حق الوثيقة فلم يمنع اجارتها كالعبد اذا ضمن بإذن سيده ولا نسلم أن مقتضى الرهن الحبس ، وإنما مقتضاه تعلق الحق به على وجه تحصل به الوثيقة وذلك غير مناف للانتفاع به : ولو سلمنا أن مقتضاه الحبس فلا يمنع أن يكون المستأجر نائباً عنه في امساكه وحبسه ومستوفياً لمنفعته لنفسه .

(فصل) ولا يمنع الراهن من اصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداواته ان احتاج اليها فاذا كان الرهن ماشية فأحتاجت الى اطراق الفحل فللراهن ذلك لأن فيه مصلحة للرهن وزيادته وذلك زيادة في حق المرتهن من غير ضرر ، وان كانت فحولا لم يك للراهن اطرافها بغير رضى المرتهن ، لأنه انتفاع لا مصلحة للرهن فيه فهو كالاستخدام الا أن يصير الى حال يتضرر بترك الاطراق فيجوز : لانه كالمداوة له .

« مسألة » قال (ومؤنة الرهن على الراهن ، فان كان عبداً فمات فعليه كفنه ، وان كان مما يخزن فعليه كراء مخزنه) .

وجملته : أن مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنه وغير ذلك على الراهن ، وبهذا قال مالك والشافعي والعنبري واسحاق ، وقال أبو حنيفة : أجرة المسكن والحفاظ على المرتهن ، لانه من مؤنة امساكه وارتبانه ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الرهن من راعته له غنمه وعليه غرمه » ولانه نوع انفاق فكان على الراهن كالطعام ولأن الرهن ملك للراهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرهن ، وان أبقى العبد فأجرة من يرده على الراهن ، وقال أبو حنيفة : يكون بقدر الامانة على الراهن وبقدر الضمان على المرتهن ، وان احتج

الى مداواته لمرض أو جرح فذلك على الراهن ، وعند أبي حنيفة هو كأجر من يرده من إياقه وبني ذلك على أصله في أن يد المرتهن يد ضمان بقدر دينه فيه وما زاد فهو أمانة عنده والكلام على ذلك في غير هذا الموضع ، وإن مات العبد كانت مؤنته كاستجيزه وتكفينه ودفنه عليه كسائر العبيد والاماء والأقارب من الأحرار .

(فصل) وإن كان الرهن ثمة فاحتاجت الى سقي وتسوية وجذاذ فذلك على الراهن ، وإن احتاجت الى تجفيف والحق مؤجل فعليه التجفيف لأنه يحتاج الى أن يستبقيا رهناً حتى يحل الحق ، وإن كانت حالا بيعت ولم يحتاج الى تجفيفها ، وإن اتفقا على بيعها وجعل ثمنها رهناً بالحق المؤجل جاز ، وإن اختلفا في ذلك قدم قول من يستبقيا بعينها ، لأن العقد يقتضى ذلك ، إلا أن يكون مما تقل قيمته بالتجفيف وقد جرت العادة ببيعه رهناً فإنه يباع ويحمل ثمنه مكانه ، وإن اتفقا على قطع الثمرة في وقت فلهما ذلك ، سواء كان الحق حالا أو مؤجلاً ، وسواء كان الأصلح القطع أو الترك ، لأن الحق لا يخرج عنهما ، وإن اختلفا قدمنا قول من طلب الأصلح إن كان ذلك قبل حلول الحق ، وإن كان الحق حالا قدم قول من طلب القطع ، لأنه إن كان المرتهن فهو طالب لاستيفاء حقه الحال فلم اجابته ، وإن كان الراهن فهو يطلب تبرئة ذمته وتخليص عين ملكه من الرهن والقطع أحوط من جهة أن في بقيته غرراً .

ذكر القاضي هذا في المفلس وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وهذا في معناه ويحتمل أن ينظر في الثمرة ، فإن كانت تنقص بالقطع نقصاً كثيراً لم يجز الممتنع من قطعها عليه ، لأن ذلك إتلاف فلا يجبر عليه كما لا يجبر على نقص داره لبيع أنقاضها ولا على ذبح فرسه لبيع لحمها ، وإن كانت الثمرة مما لا ينفع بها قبل كمالها لم يجز قطعها قبله ولم يجبر عليه بحال .

(فصل) وإن كان الرهن ماشية تحتاج الى إطراق الفحل لم يجبر الراهن عليه لأنه ليس عليه ما يتضمن زيادة في الرهن وليس ذلك مما يحتاج اليه لبقائها ولا يمنع من ذلك لكونها زيادة لها لا ضرر على المرتهن فيه ، وإن احتاجت الى رعى فعلى الراهن أن يقيم لها راعياً ، لأن ذلك يجري مجرى علفها ، وإن أراد الراهن

السفر بها ليرعاها في مكان آخر ، وكان لها في مكانها مرعى تتماسك به فللمرتن منه من ذلك ، لأن في السفر بها إخراجها عن نظره ويده ، وإن أجذب مكانها فلم يجد ما تتماسك به فللراهن السفر بها ، لأنه موضع ضرورة لأنها تهلك إذا لم يسافر بها إلا أنها تكون في يد عدل يرضيان به أو ينصبه الحاكم ولا ينفرد الراهن بها ، فإن امتنع الراهن من السفر بها فللمرتن نقلها ، لأن في بقائها هلاكها وضياح حقه من الرهن ، فإن أرادا جميعا السفر بها واختلفا في مكانها قدمنا قول من يعين الاصلاح ، فإن استويا قدمنا قول المرتن .

وقال الشافعي : يقدم قول الراهن ، وإن كان الاصلاح غيره ، لأنه أملك بها إلا أن يكون مأواها إلى يد عدل .

وأما أن اليد للمرتن فكان أولى بما لو كانا في بلد واحد وأيهما أراد نقلها عن البلد مع خصبه لم يكن له ، سواء أراد نقلها إلى مثله أو أخصب منه إذ لا معنى للسافرة بالرهن مع امكان ترك السفر به ، وإن اتفقا على نقلها جاز أيضا سواء كان أنفع لها أو لا ، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما .

(فصل)

وإن كان عبدا يحتاج إلى ختان والدين حال أو أجله قبل برئه منع منه ، لأنه ينقص ثمنه وفيه ضرر ، وإن كان يبرأ قبل محل الحق والزمان معتدل لا يخاف عليه فيه فله ذلك ، لأنه من الواجبات ويؤثر به الثمن ولا يضر المرتن ومؤنته على الراهن ، فإن مرض فاحتاج إلى دواء لم يبرأ الراهن عليه لأنه لا يتحقق أنه سبب لبقائه وقد يبرأ بغير علاج بخلاف النفقة ، وإن أراد الراهن مداواته بالأضرار فيه لم يمنع منه ، لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما ، وإن كان الدواء مما يخاف غائلته كالسموم فللمرتن منعه منه : لأنه لا يأمن تلفه .

وإن احتاج إلى فصد أو احتاجت الدابة إلى توديع ومعناه فتح الودجين حتى يسيل الدم وهما عرقان عريضان غليظان من جانبي ثغرة النحر أو تزيغ وهو فتح الرهصة فللراهن فعل ذلك ما لم يخف منه ضرر وإن احتجج إلى قطع شيء مما به بدواه لا يخاف منه جاز وإن خيف منه فأبىها امتنع منه ويجب وإن كانت به آكلة كان له قطعها لأنه يخاف من تركها لا من قطعها ، لأنه لا يحس بلحم ميت ، وإن كانت به خبيثة

فقال أهل الخبرة الأحوط قطعها وهو أنفع من بقائها فللراهن ذلك والا فليس له فعله ، وإن تساوى الخوف عليه في الحالين لم يكن له قطعها . لأنه يحدث جرحا فيه لم يرجح احداؤه ، وإن كانت به سلعة أو أصبع زائدة لم يملك الراهن قطعها لأن قطعها يخاف منه وتركها لا يخاف منه ، وإن كانت الماشية جرية فأراد الراهن دهنها بما يرجي نفعه ولا يخاف ضرره كانظر أن الزيت اليسير لم يمنع وإن خيف ضرره كال كثير فالمرتن منه . وقال القاضي له ذلك بغير إذن المرتن لأن له معالجة ملكه وإن امتنع من ذلك لم يجبر عليه ، ولو أراد المرتن مداواتها بما ينفعها ولا يخشى ضرره لم يمنع . لأن فيه اصلاح حقه بما لا يضر بنيره وإن خيف منه الضرر لم يمكن منه . لأن فيه خطرا يحق غيره .

(فصل) فإن كان الرهن نخلا فاحتاج الى تأييد فهو على الراهن وليس للمرتن منعه منه لأن فيه مصلحة بغير مضرة . وما يستط من ليف أو سعف أو عراجين فهو من الرهن لأنه من أجزائه أو من نسائه ، وقال أصحاب الشافعي : ليس من الرهن ، بناء منهم على أن انما ليس منه ، ولا يصح ذلك هنا لأن السعف من جملة الاعيان التي ورد عليها عقد الرهن فكانت منه كالأصول وأنقاض الدار ، وإن كان الرهن كرما فله زباره لأنه لمصلحة ولا ضرر فيه ، والزرجون من الرهن ولو كان الشجر مزدحا وفي قطع بعضه صلاح لما يبق فله ذلك ؛ وإن أراد تحويله كله لم يملك ذلك ؛ وإن قيل هو الأولى لأنه قد لا يعلق فيفوت الرهن ، وإن امتنع الراهن من فعل هذا كله لم يجبر عليه لأنه لا يلزمه فعل ما فيه زيادة الرهن

(فصل)

وكل زيادة تلزم الرامن إذا امتنع أجبره الحاكم عليها وإن لم يفعل أكثرى له الحاكم من ماله ، فإن لم يكن له مال أكثرى من الرهن ، فإن بذل المرتن متطوعا لم يرجع بشيء ، وإن أنفق بإذن الراهن أو إذن الحاكم عند تعذر إذن الراهن محتسبا رجوع به ، وإن تعذر اذنهما أشهد على أنه أنفق ليرجع بالنفقة وله الرجوع بها ، وإن أنفق من غير استئذان الحاكم مع امكانه أو من غير اشهاد بالرجوع عند تعذر

استثنائه ليرجع به فهل يرجع ؟ على روايتين ، وإن أنفق بإذن الراهن ليكون
الرهن رهناً بالنفقة والدين الأول لم يصح ولم يصح رهناً بالنفقة لما ذكرنا ، وإن
قال الراهن : أنفقت متبرعا . وقال المرتين بل أنفقت عتسبا بالرجوع ، فالقول
قول المرتين ، لأن الخلاف في نيته وهو أعلم بها ، ولا إلاع لغيره من الناس
عليها وعليه الدين : لأن ما قاله الراهن محتمل ، وإن مؤنة لا تلزم الراهن كنفقة
المسداواة والتأخير وأشباههما ، لا يرجع بها المرتين إذا أنفقها ، سواء أنفقها
محتسبا أو متبرعا .

« مسألة ، قال (والرهن إذا تلف بغير جناية من المرتين رجع المرتين بحقه
عند محله وكانت المصيبة فيه من رهنه وإن كان بتعدى المرتين أو لم يحزره ضمن)

أما إذا تعدى المرتين في الزهن أو فرط في الحفظ للرهن الذي عنده حتى تلف
فإنه يضمن ، لأنعم في وجوب الضمان عليه خلافا ، ولأنه أمانة في يده فله فيه ضمانه
إذا تلف بتعديده أو تقريطه كالوديعة . وأما إن تلف من غير تعد منه ولا تقريط
فلا ضمان عليه وهو من مال الراهن ، يروى ذلك عن علي رضي الله عنه . وبه قال
عطاء والزهرى والأوزاعي والشافعى وأبو ثور وابن المنذر

ويروى عن شريح والنخعي والحسن أن الرهن يضمن بجميع الدين ، وإن كان
أكثر من قيمته لأنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الرهن بما فيه »
وقال مالك : إن كان تلفه بأمر ظاهر كال موت والحريق ، فمن ضمان الراهن ، وإن
ادعى تلفه بأمر خفي لم يقبل قوله وضمن

وقال الثوري وأصحاب الرأي : يضمنه المرتين بأقل الثمين من قيمته أو قدر
الدين . ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، واحتجوا بأروى عطاء
أن رجلا رهن فرسا فتفق عند المرتين ، فجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره
بذلك ، فقال « ذهب حقلك » ولأنها عين مقبوضة الاستيفاء فضمنها من قبضها
لذلك أو من قبضها نائبه كحقيقة المستوفى ، ولأنه يجوز بلدين فكان مضمونا
كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه

ولنا ما روى ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يغلط الرهن، لصاحبه غنمه وعليه غرمه » رواه الأثرم عن أحمد بن عبد الله بن يونس عن ابن أبي ذئب، ورواه الشافعي عن ابن أبي فديك عن ابن أبي ذئب ولفظه « الرهن من صاحبه الذي رهنه » وباقية سواء . قال ووصله ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله أو مثل معناه من حديث أبي أنيسة ، ولأنه وثيقة بالدين ، فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين ، وكالكفيل والشاهد : ولأنه مقبوض بعقد واحد بعنه أمانة فكان جميعه أمانة كالوديعة ، وعند مالك أن مالا يضمن به العقار لا يضمن به الذهب كالوديعة . فأما حديث عطاء فهو مرسل وقول عطاء يخالفه . قال الدارقطني : يرويه اسماعيل ابن أمية وكان كذابا .

وقيل يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعيفا ، ويحتمل أنه أراد ذهب حقل من الوثيقة بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الفرس . وحديث أنس ان صح فيحتمل أنه محبوس بما فيه . وأما المستوفى فإنه صار ملكا للمستوفى وله غناؤه وغنمه فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن ، والبيع قبل القبض ممنوع

(فصل)

وإذا قضاها جميع الحق أو أبرأه من الدين بقى الرهن أمانة في يده ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا قضاها كان مضمونا وإذا أبرأه أو وهبه لم يكن مضمونا استحسانا ، وهذا مناقضة لأن القبض المضمون منه لم يزل ولم يبرئه منه ، وعندنا أنه كان أمانة وبقي على ما كان عليه وليس عليه رده ، لأنه أمسكه بإذن مالك ولا يختص بنفعه فهو كالوديعة بخلاف العارية ، فإنه يختص بنفعها ، وبخلاف ماله أطارت الريح إلى داره ثوبا لزمه رده إلى مالك ، لأن مالك لم يأذن في إمسكه ؛ فأما أن سأل مالكه في هذه الحال دفعه إليه لزم من هو في يده من المرتن أو العدل دفعه إليه إذا أمكنه ، فإن لم يفعل صار ضامنا كالمودع إذا امتنع من رد الوديعة عند طلبها ، وإن كان امتناعه لعذر ، مثل أن يكون بينه وبينه طريق مخيف أو باب متعلق لا يمكنه فتحه ، أو كان يخاف فوت جمعة أو جماعة أو

فوت صلاة ، أو به مرض أو جوع شديد وما أشبهه فأخر التسليم لذلك فتلف
فلا ضمان عليه ، لأنه لا تفريط منه فأشبهه المودع

(فصل)

وإذا قبض المرتهن الرهن فوجدها مستحقة لزمه رده على مالكة ، والرهن
باطل من أصله ، فإن أمسكه مع عليه بالغصب حتى تلف في يده استقر عليه الضمان
وللمالك تضمين أيهما شاء ، فإن ضمن المرتهن لم يرجع على أحد لذلك ، وإن ضمن
الراهن رجع عليه ، وإن لم يعلم بالغصب حتى تلف بتفريطه فالحكم كذلك ، لأن
الضمان يستقر عليه ، وإن تلف بغير تفريطه ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يضمن ويستقر الضمان عليه ، لأن مال غيره تلف — تحت يده العادية
فاستقر الضمان عليه كما لو علم .

والثاني لا ضمان عليه ، لأنه قبضه على أنه أمانة من غير عليه ، فلم يضمنه
كالوديعة ، فعلى هذا يرجع المالك على الغاصب لا غير
والوجه الثالث أن للمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الغاصب .
فإن ضمن الغاصب لم يرجع على أحد ؛ وإن ضمن المرتهن رجع على الغاصب لأنه
غره فرجع عليه كالمغرور بحرية أمة

مسألة ، قال (وان اختلفا في القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وإن
اختلفا في قدر الحق فالقول قول الراهن مع يمينه إذا لم يكن لواحد منهما
بما قال يمينه)

يعنى إذا اختلفا في قيمة الرهن إذا تلف في الحال التي يلزم المرتهن ضمانه ،
وهي إذا تعدى أو لم يحرز فالقول قول المرتهن مع يمينه لأنه غارم ، ولأنه منكر
لوجوب الزيادة على ما أقر به والقول قول المنكر . وبهذا قال الشافعي ولا نعلم
فيه مخالفا ، وإن اختلفا في قدر الحق نحو أن يقول الراهن : رهنتك عبدي هذا
بألف — فقال المرتهن بل بألفين ، فالقول قول الراهن ، وبهذا قال الشافعي
والثوري والشافعي والبيهقي وأبو ثور وأصحاب الرأي . وحكى عنه الحسن وقتادة

أن القول قول المرتهن ما لم يتجاوز ثمن الرهن أو قيمته ، ونحوه قول مالك ، لأن الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق .

ولنا أن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن ، والقول قول المنكر ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ، ولأن الأصل براءة الذمة من هذه الآلف ، فالقول قول من ينفيها ، كما لو اختلفا في أصل الدين ، وما ذكره من الظاهر غير مسلم ، فإن العادة رهن الشيء بأقل من قيمته

إذا ثبت هذا فإن القول قول الراهن في قدر ما رهنه به ، سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا ، فلو اتفقا على أن الدين ألفان ، وقال الراهن : إنما رهنك بأحد الآلفين ، وقال المرتهن بل رهنته بهما فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه ينكر تعلق حق المرتهن في أحد الآلفين بعبده والقول قول المنكر ، وإن اتفقا على أنه رهن بأحد الآلفين ، وقال الراهن هو رهن بالمؤجل ، وقال المرتهن بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه منكر ، ولأن القول قوله في أصل الرهن ، فكذلك في صفته ، وهذا إذا لم يكن بينة . فإن كان لاحدهما بينة حكم بها بغير خلاف في جميع هذه المسائل

(فصل)

وإن اختلفا في قدر الرهن فقال رهنك هذا العبد : قال بل هو والعبد الآخر فالقول قول الراهن لأنه منكر ، ولا نعلم في هذا خلافاً . وإن قال رهنك هذا العبد ، قال بل هذه الجارية ، خرج العبد من الرهن لاعتراف المرتهن بأنه لم يرهنه وحلف الراهن على أنه ما رهنه الجارية ، وخرجت من الرهن أيضاً ، وإن اختلفا في رد الرهن إلى الراهن فالقول قوله أيضاً ؛ لأنه منكر والأصل معه ، وكذلك الحكم في المستأجر إذا ادعى رد العين المستأجرة

وقال أبو الخطاب . يتخرج فيهما وجه آخر أن القول قول المرتهن ، والمستأجر في الرد بناء على المضارب والوكيل يجعل إذا ادعى الرد ، فإن فيهما وجهين ، والفرق بينهما وبين المرتهن أن المرتهن قبض العين لينتفع بها ؛ وكذلك المستأجر والوكيل قبض العين لينتفع بالجعل لآبائين والمضارب قبضها لينتفع بربحها لآبائها ، وإن

اختلفا في تلف العين فالقول قول المرتن مع يمينه لأن يده يد أمانة ، ويتعذر عليه إقامة البينة على التلف ، فقبل قوله فيه كالمودع

(فصل) فإن قال بعثك هذا الثوب على أن ترهنني بئمنه عبدك هذين ، قال بل على أن أرهنك هذا وحده ، ففيها روايتان حكاهما القاضي :

إحدهما يتحالفان لأنه اختلاف في البيع ، فهو كالاختلاف في الثمن
والثانية القول قول الراهن لأنه منكر لشرط رهن العبد الذي اختلفا فيه .
والقول قول المنكر ، وهذا أصح

(فصل) وإن قال أرسلت وكيلك فرهني عبدك على عشرين قبضها . قال ما أمرته برهنه إلا بعشرة ولا قبضت إلا عشرة ، سئل الرسول فإن صدق الراهن فعليه اليمين أنه ما رهنه إلا بعشرة ولا قبض إلا عشرة ، ولا يمين على الراهن لأن الدعوى على غيره ، فإذا حلف الوكيل برثا جميعاً وإن نكل فعليه العشرة المختلف فيها ولا يرجع بها على أحد لأنه يصدق الراهن في أنه ما أخذها ولا أمره بأخذها وإنما المرتن ظلمه ، وإن صدق الوكيل المرتن وادعى أنه سلم العشرين إلى الراهن فالقول قول الراهن مع يمينه ، فإن نكل قضى عليه بالعشرة ويدفع إلى المرتن ، وإن حلف برىء وعلى الرسول غرامة العشرة للمرتن ، لأنه يزعم أنها حق له وإنما الراهن ظلمه ، وإن عدم الرسول أو تعذر إحلافه فعلى الراهن اليمين أنه ما أذن في رهنه إلا بعشرة ولا قبض أكثر منها ويبقى الرهن بالعشرة الأخرى .

فصل في الرهن

إذا كان على رجل ألفان أحدهما برهن والآخر بغير رهن فقضى ألفاً وقال : قضيت دين الرهن ، وقال المرتن بل قضيت الدين الآخر ، فالقول قول الراهن مع يمينه ، سواء اختلفا في نية الراهن بذلك أو في لفظه ، لأنه أعلم بنية وصفة دفعه ولأنه يقول إن الدين الباقي بلا رهن ، والقول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته ، وإن ألقى القضاء ولم ينو شيئاً ، فقال أبو بكر له صرفها إلى أيهما شاء ، كما لو كان له مال حاضر وغائب فأدى قدر زكاة أحدهما كان له أن يعين عن أي المالين شاء ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي

وقال بعضهم : يقع الدفع عن الدينين معا عن كل واحد منهما نصفه ، لأنهما تساريا في القضاء قساويا في وقوعه عنهما ، فأما إن أبرأ المرتين من أحد الدينين واختلفا فالقول قول المرتين على التفصيل الذي ذكرناه في الرهن . ذكره أبو بكر (فصل) وإذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن في حقها ولم يضر إنكاره لأن الحق لهما ، وإن قال أحدهما : قبضه العدل فأنكر الآخر . فالقول قول المنكر ، كما لو اختلفا في قبض المرتين له ، ولو شهد العدل بالقبض لم تقبل شهادته لأنها شهادة الوكيل لموكله .

(فصل)

إذا كان في يد رجل عبد ، فقال ، رهنني عبدك هذا بألف ، فقال : بل غصبته أو استعرتة ، فالقول قول السيد سواء اعترف بالدين أو جحده ، لأن الأصل عدم الرهن ، وإن قال السيد : بعثك عبدى هذا بألف ، قال . بل رهنته عندى بها فالقول قول كل واحد منهما في العقد الذى ينكره ، ويأخذ السيد عبده ، وهكذا لو قال : رهنتك بألف أقرضتني ، قال . بل بعثنيه بألف قبضته منى ثمتا ، فكذلك ويرد صاحب العبد الألف ويأخذ عبده .

فصل : وإذا ادعى على رجلين فقال . رهنيتى عبدك بدينى عليكما ، فأنكراه ، فالقول قولهما ، فإن شهد كل واحد منهما على صاحبه قبلت شهادته إذا كان عدلا وللمرتين أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير جميعه رهنا أو يحلف مع أحدهما ، ويصير نصيب الآخر رهنا ، وإن أقر أحدهما ثبت في حقه وحده ، وإن شهد المقر على المنكر قبلت شهادته إن كان عدلا ، لأنه لا يجلب لنفسه نفعا ، ولا يدفع عنها ضررا ، وبهذا قال أصحاب الشافعى ، وقال بعضهم . إذا أنكرنا جميعا ففى شهادتهما نذر ، لأن المشهود له يدعى أن كل واحد منهما ظالم له بمجرد حقه من الرهن ، فإذا طعن المشهود له فى شهوده لم تقبل شهادتهم له ، قلنا . لا يصح هذا ، فإن انكار الدعوى لا يثبت به فسق المدعى عليه ، وإن كان الحق عليه لجواز أن ينسى أو تلحقه شبهة فيما يدعيه أو ينكره ، وكذلك لو تداعى رجلان شيئا وتخاصما فيه ثم شهدا عند الحاكم بشئ لم ترد شهادتهما ، وإن كان أحدهما كاذبا في مخالفته لصاحبه ولو ثبت الفسق بذلك لم يجوز قبول شهادتهما جميعا مع تحقق الجرح فى أحدهما .

(فصل) وإذا رهن عينا عند رجلين ، فنصفها رهن عند كل واحد منهما بدينه ومتى وفى أحدهما خرجت حصته من الرهن ، لأن عقد الواحد مع الاثنین بمنزلة عقدين ، فكأنه رهن كل واحد منهما النصف مفردا فإن أراد مقاسمة المرتهن وأخذ نصيب من وفاه وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالملكيل والموزون لازم ذلك ، وإن كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمة ، لأن على المرتهن ضررا فى قسمته ويقر فى يد المرتهن نصفه رهن ونصفه وديعة ، وإن رهن اثنان عبدهما عند رجل فوفاه أحدهما ، انفك الرهن فى نصيبه ، وقد قال أحمد ، فى رواية مهنا فى رجلين رهنا دارا لهما عند رجل على ألف ، فقضاه أحدهما : ولم يقض الآخر فالدار رهن على ما بقى .

وقال أبو الخطاب فى رجل رهن عبده عند رجلين فوفى أحدهما ، لجميعه رهن عند الآخر حتى يوفيه ، وهذا من كلام أحمد وأبى الخطاب ، محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن ، لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهنا إذ لا يجوز أن يقال . أنه رهن نصف العبد عند رجل فصار جميعه رهنا ، ولو رهن اثنان عبدا لهما عند اثنين بألف ، فهذه أربعة عقود ويصير كل ربع من العبد رهنا بثمانيتين وخمسين ، ففى قضاها ؟ من هى عليه انفك من الرهن ذلك القدر . قاله القاضى وهو الصحيح

(فصل) ولو ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده وقال . كل واحد منهما رهنه عندى دون صاحبي فأنكرهما جميعا ، فالقول قوله مع يمينه ، وإن أنكر أحدهما وصدق الآخر سلم الى من صدقه وحلف الآخر . وإن قال لا أعلم عين المرتهن منهما حلف على ذلك والقول قول من هو فى يده منهما مع يمينه ، وإن كان فى أيديهما حلف كل واحد منهما على نصفه وصار رهنا عنده ، وإن كان فى يد غيرهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذ كما لو ادعى ملكه ، ولو قال . رهنته عند أحدهما ثم رهنته للآخر ولا أعلم السابق منهما فكذلك وإن قال هذا هو السابق بالعقد والقبض سلم اليه وحلف للآخر ، وإن نكل والعبد فى يد الاول أو يد غيره فعليه قيمته للثانى كما لو قال هذا العبد لزيد وغصبته من عمرو فإنه يسلم الى زيد ويغرم قيمته لعمرو ، وإن نكل والعبد فى يد الثانى أقر فى يده وغرم

قيمته للأول ، لأنه أقر له بعد ما فعل ما حال بينه وبين من أقر له فلزمته قيمته كما قلنا ، وقال القاضي : إذا اعترف به لغير من هو في يده فهل يرجع صاحب اليد أو المقر له ؟ على وجهين ، ولو اعترف لأحدهما وهو في يديهما ثبتت يد المقر له وفي النصف الآخر وجهان .

(فصل)

إذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن بعد حلول الحق جاز وتعلق حقه بثمنه ، وإن أذن له قبل حلوله مطلقا فباعه بطل الرهن ولم يكن عليه عوضه : لأنه أذن له فيما ينافي حقه فأشبهه ما لو أذن في عتقه وللمالك أخذ ثمنه وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومحمد : يكون الثمر رهنا لأن الراهن باع الرهن بإذن المرتهن فوجب أن يثبت حقه فيه كما لو حل الدين .

قال الطحاوي حق المرتهن متعلق بعين الرهن والتمن بدله فوجب أن يتعلق به كما لو أتلفه متلف : ولنا : أنه تصرف يبطل حق المرتهن من عين الرهن لا يملكه المرتهن فإذا أذن فيه أسقط حقه كالعتق ، ويخالف ما بعد الحلول ، لأن المرتهن يستحق البيع ، ويخالف الإتلاف ، لأنه غير مأذون فيه من جهة المرتهن ، فإن قال : إنما أردت بإطلاق الإذن أن يكون ثمنه رهنا لم يلتفت إلى دعواه ، لأن إطلاق الإذن يقتضي بيعا يفسخ الرهن : وبهذا قال الشافعي وإن أذن فيه بشرط أن يجعل ثمنه مكانه رهنا أو يعجل له دينه من ثمنه جاز ولزم ذلك ، وإن اختلفا في الإذن فالقول قول المرتهن لأنه منسك ، وإن أذن في البيع واختلفا في شرط جعل ثمنه رهنا أو تعجيل دينه منه ، فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم الشرط ، ويحتمل أن يكون القول قول المرتهن لأن الأصل بقاء الوثيقة ، وإن أذن الراهن في البيع ثم رجع قبل البيع فباعه المرتهن بعد العلم بالرجوع لم يصح بيعه ، وإن باعه بعد الرجوع وقبل العلم احتمل وجهين بناء على عزل الوكيل قبل علمه ، فإن اختلفا في الرجوع قبل البيع فقال القاضي القول قول المرتهن أيضا لأن الأصل عدم الرجوع وعدم البيع قبل الرجوع فتعارض الاصلان وبقيت العين رهنا على ما كانت وبهذا كله قال الشافعي وهذا فيما لا يحتاج إلى بيعه فأما ما دعت الحاجة إلى بيعه كالذي خيف تلفه إذا أذن في بيعه مطلقا يتعلق الحق بثمنه لأن بيعه مستحق فأشبه ما يبيع بعد حلول الدين .

(فصل) إذا حل الحق لزوم الرهن الايفاء لانه دين حال فلزم ايجازه كالذي
لارهن به فان لم يوف وكان قد أذن للبرتن أو للعدل في بيع الرهن باعه ووفى
الحق من ثمنه وما فضل من ثمنه فلما لكة وان فضل من الدين شيء فعلى الرهن ،
وان لم يكن أذن لهما في بيعه أو كان قد أذن لهما ثم عزلهما طولب بالوفاء وبيع
الرهن فان فعل والا فعل الحاكم ما يرى من حبسه وتعزيره ليبيعه أو يبيعه بنفسه
أو أمينه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يبيعه الحاكم لان ولاية الحاكم
على من عليه الحق لا على ماله فلم ينفذ بيعه بغير إذنه ، ولنا أنه حق تعين عليه
فاذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه في أدائه كالايفاء من جنس الدين وان وفى
الدين من غير الرهن انك الرهن .

مسألة ، قال (والمرتن أحق بشعب الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفى حقه
حيا كان الرهن أو ميتا .

وجملته أنه اذا ضاق مال الرهن عن ديونه وطالب الغرماء بدينهم أو حجر
عليه لقلسه وأريد قسمة ماله بين غرمائه فأول من يقدم من له أرش جنائية يتعلق
برقبة بعض عبيد المفلس لما ذكرنا من قبل ، ثم من له رهن فانه يخص بشمته عن
سائر الغرماء ، لان حقه متعلق بعين الرهن وذمة الرهن معا وسائرهم يتعلق حقه
بالذمة دون العين فكان حقه أقوى ، وهذا من أكثر فوائد الرهن وهو تقديمه
بحقه عند فرض مزاحمة الغرماء ، ولا نعلم في هذا خلافا ، وهو مذهب الشافعي
وأصحاب الرأي وغيرهم ، فباع الرهن فان كان ثمنه وفق حقه أخذه ، وان كان فيه
فضل عن دينه رد الباقي على الغرماء ، وان فضل من دينه شيء أخذ ثمنه وضرب
مع الغرماء ببقية دينه ، ثم من بعد ذلك من وجد عين ماله فهو أحق بها ثم تقسم
الباقى بين الغرماء على قدر ديونهم ولو كان فيهم من دينه ثابت بجنائية المفلس لم يقدم
وكان أسوة الغرماء ، لان أرش جنائيته يتعلق بذمته دون ماله فهو كبقية الديون
بخلاف أرش جنائية العبد فانها تتعلق برقبة العبد فلذلك كان أحق به من تعلق حقه
بمجرد الذمة ، ولا فرق في استحقاق ثمن الرهن والاختصاص به بين كون الرهن
حيا أو ميتا . لان تقديم حقه من حيث كان حقه متعلقا بعين المال وهذا

المعنى لا يختلف بالحياة والموت فكذلك ما ثبت به كأرش الجنابة .

(فصل) ولو باع شيئاً أو باعه وكيله وقبض الثمن أو باع العدل الرهن وقبض الثمن فتلف ، وتعذر رده وخرجت السلعة مستحقة ساوى المشتري الغرماء ، لأن حقه لم يتعلق بعين المال فهو بمنزلة أرش جنابة المفلس ، وذكر القاضي احتمالاً آخر أنه يقدم على الغرماء ، لأنه لم يرض بمجرد الذمة فكان أولى كالمرتن . ولأنه لو لم يقدم على الغرماء لامتنع الناس عن شراء مال المفلس خوفاً من ضياع أموالهم فتقل الرغبات فيه ويقل ثمنه فكان تقديم المشتري بذلك على الغرماء أنفع لهم وهذا وجه لأصحاب الشافعى .

ولنا أن هذا حق لم يتعلق بعين المال فلم يقدم كالذى جنى عليه المفلس وفارق المرتن ، فإن حقه تعلق بالعين وما ذكرناه من المعنى الاول منتقض بأرش جنابة المفلس ، والثانى : مصلحة لا أصل لها فلا يثبت الحكم بها ، فأما إن كان الثمن موجوداً يمكن رده وجب رده وينفرد به صاحبه ، لأنه عين ماله لم يتعلق به حق أحد من الناس وكذلك صاحب السلعة المستحقة يأخذها ومتى باع العدل مال المفلس أو باع الرهن وخرجت السلعة مستحقة فالعهدة على المفلس فلا شيء على العدل لأنه أمين .

(فصل : ومن استأجر داراً أو بعيراً بعينه أو شيئاً غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق بالعين التى استأجرها من الغرماء حتى يستوفى حقه ، لأن حقه متعلق بعين المال والمنفعة مملوكة له فى هذه المدة فكان أحق بها كما لو اشترى منه شيئاً ، فإن هلك البعير أو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ويضرب مع الغرماء ببقية الاجرة ، وإن استأجر جملًا فى الذمة أو غيره ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أسوة الغرماء ، لأن حقه لم يتعلق بالعين ، وهذا مذهب الشافعى . ولا نعلم فيه خلافاً ، فإن أجز داراً ثم أفلس فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الاجارة فلمهم ذلك ويبيعونها مستأجرة ، وإن اختلفوا قدم قول من طلب البيع فى الحال ، لأنه أحوط من التأخير فإذا استوفى المستأجر يسلم المشتري ، وإن اختلفوا على تأخير البيع حتى تنقضى مدة الاجارة فلمهم ذلك ، لأن الحق لهم لا يخرج عنهم .

(فصل) ولو باع سلعة ثم أفلس قبل تقيضها فالمشتري أحق بها من الغرماء سواء كانت من المكيل والموزون أو غيرهما ، لأن المشتري قد ملكها وثبت ملكه فيها فكان أحق بها كما لو قبضها ولا فرق بين ما قبل قبض الثمن وما بعده ، وإن كان عليه سلم فوجد المسلم الثمن قائماً فهو أحق به ، لأنه وجد عين ماله وإن لم يجده فله أسوة الغرماء ؛ لأنه لم يتعلق حقه بعين مال ولا ثبت ملكه فيه ويضرب مع الغرماء بالمسلم فيه الذي يستحقه دون الثمن فيعزل له قدر حقه ، فإن كان في المال جنس حقه أخذ منه بقدر ما يستحقه ، وإن لم يكن فيه جنس حقه عزل له بقدر حقه فيشتري به المسلم فيه فيأخذه وليس له أن يأخذ المعزول بعينه لثلاثيكم ن بدلا عما في الذمة من المسلم فيه ولا يجوز أخذ البدل عن المسلم فيه ، وإن أمكن أن يشتري بالمعزول أكثر مما قدر له لرخص المسلم فيه اشتري له بقدر حقه ورد الباقي على الغرماء مثاله : رجل أفلس وله دينار وعليه لرجل دينار وآخر قفيز حنطة من سلم قيمته دينار فإنه يقسم دينار المفلس نصفين لصاحب الدينار نصفه ويعزل نصفه للمسلم ، فإن رخصت الحنطة فصار قيمة القفيز نصف دينار تبيننا أن حقه مثل نصف حق صاحب الدينار فلا يستحق من دينار المفلس الا ثلثه يشتري له به ثلثا قفيز فيدفع إليه ويرد سدس الدينار على الغريم الآخر ، فإن غلا المسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارين تبيننا أنه يستحق مثلي ما يستحقه صاحب الدينار فيكون له من دينار المفلس ثلثاه فيشتري له بالنصف المعزول ويرجع على الغريم بسدس دينار يشتري له به أيضاً لأن المعزول ملك المفلس وإنما للمسلم قدر حقه ، فإن زاد للمفلس وإن نقص فعليه (فصل) قال عبدالله بن أحمد : سألت أبي عن رجل عنده رهون كثيرة لا يعرف أصحابها ولا من رهن عنده ، قال : إذا أيست من معرفتهم ومعرفته ورأيتهم فأرى أن تباع ويتصدق بثمنها ، فإن عرف بعد أربابها خيرهم بين الاجر أو يغرم لهم ، هذا الذي أذهب اليه ، وقال أبو الحارث عن أحمد في الرهن يكون عنده السنين الكثيرة يأيس من صاحبه يبيعه ويتصدق بالفضل ، فظاهر هذا أنه يستوفي حقه ونقل أبو طالب لا يستوفي حقه من ثمنه ، ولكن إن جاء صاحبها فطالبه أعطاه إياه وطلب منه حقه ، وأما إن رفع أمره إلى الحاكم فباعه ووفاه منه حقه جاز ذلك .

كتاب المفلس

المفلس : هو الذى لا مال له ولا ما يدفع به حاجته ولهذا لما قال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه « أتدرون من المفلس ؟ » قالوا يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع ، قال : ليس ذلك المفلس ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فإن بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك الى النار » أخرجه مسلم بمعناه .

فقولهم ذلك اخبار عن حقيقة المفلس ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس ذلك المفلس » تجوز لم يرد به نفي الحقيقة بل أراد أن فليس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة اليه كالغنى . ونحو هذا قوله صلى الله عليه وسلم « ليس الشديد بالصرعة وإنما الشديد الذى يغلِب نفسه عند الغضب » وقوله « ليس السابق من سبق بعيره وإنما السابق من غفر له » وقوله « ليس الغنى عن كثرة العرض إنما الغنى غنى النفس » ومنه قول الشاعر :

ليس من مات فاستراح بميت إنما الميت ميت الأحياء

وإنما سمي هذا مفلساً : لأنه لا مال له الا الفلوس وهى أدنى أنواع المال والمفلس فى عرف الفقهاء من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله ، وسموه مفلساً وإن كان ذا مال لأن ماله مستحق الصرف فى جهة دينه فكأنه معدوم ، وقد دل عليه تفسير النبي صلى الله عليه وسلم مفلس الآخرة فإنه أخبر أن له حسنات أمثال الجبال لكنها كانت دون ما عليه فقسمت بين الغرماء وبقي لشيء له ، ويجوز أن يكون سمي بذلك لما يؤول اليه من عدم ماله بعد وفاء دينه ، ويجوز أن يكون سمي بذلك لأنه يمنع من التصرف فى ماله الا الشيء التافه الذى لا يعيش الا به كالفلوس ونحوها .

(فصل) ومتى لزم الانسان ديون حالة لا يفي ماله بها فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته اجابتهم ويستحب أن يظهر الحجر عليه لتجنب معاملته فإذا حجر

عليه ثبت ذلك أربعة أحكام ، أحدها : تعلق حقوق الغرماء بعين ماله ، والثاني : منع تصرفه في عين ماله ، والثالث : أن من وجد عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء إذا وجدت الشروط ، الرابع : أن للحاكم بيع ماله وإيفاء الغرماء ، والاصل في هذا ما روى كعب بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بن جبل وباع ماله ، رواه الحلال بإسناده .

وعن عبد الرحمن بن كعب قال : كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يسلك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين فكلّم النبي صلى الله عليه وسلم غرماءه ، فلو ترك أحد من أجل تركه ... ومعاذاً من أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء ، قال بعض أهل العلم إنما لم يترك الغرماء لمعاذ حين كلّمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لانهم كانوا يهوداً .

« مسألة » قال (وإذا فلس الحاكم رجلاً فأصاب أحد الغرماء عين ماله فهو أحق به إلا أن يشاء تركه ويكون أسوة الغرماء)

وجملته : أن المفلس متى حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعها إياها بعينها بالشروط التي يذكرها ملك ففسخ البيع وأخذ سلعته ، وروى ذلك عن عثمان وعلى وأبي هريرة ، وبه قال عروة ومالك والاوزاعي والشافعي والعنبري وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة هو أسوة الغرماء لأن البائع كان له حق الامساك لقبض الثمن فلما سلبه أسقط حقه من الامساك فلم يكن له أن يرجع في ذلك بالافلاس كالمترن إذا سلم الرهن الى الراهن ولانه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساوونهم في الاستحقاق كسائرهم .

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به » متفق عليه ، قال أحمد : لو أن حاكماً حكم أنه أسوة الغرماء ثم رفع الى رجل يرى العمل بالحديث ، جاز له نقض حكمه ، ولان هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض كالمسلم فيه إذا تعذر ، ولانه اذا شرط في البيع رهناً فعجز عن تسليمه ، استحق الفسخ ، وهو

وثيقة بالثمن فالجزء عن تسليم الثمن بنفسه أولى ، ويفارق المبيع الرهن فإن امسك الرهن امسك بمجرد على سبيل الوثيقة وليس يبدل ، والثمن ههنا بدل عن العين ، فإذا تعذر استيفاءه رجع الى المبدل .

وقولهم : تساوا في سبب الاستحقاق ، قلنا : لكن اختلفوا في الشرط ، فان بقاء العين شرط للملك الفسخ ، وهي موجودة في حق من وجد متاعه دون من لم يده ، اذا ثبت هذا : فإن البائع بالخيار ان شاء رجع في السلعة وان شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء ، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر ، لأن الاعسار سبب جواز الفسخ فلا يوجب كالعيب والخيار : ولا يفتقر الفسخ الى حكم حاكم ، لأنه فسخ ثبت بالنص فلم يفتقر الى حكم حاكم كفسخ النكاح لعق الأمانة .

(فصل) وهل خيار الرجوع على الفور أو على التراخي ؟ على وجهين . بناء على خيار الرد بالعيب وفي ذلك روايتان :

احدهما : هو على التراخي ، لانه حق رجوع يسقط الى عوض : فكان على التراخي كالرجوع في الهبة .

والثاني . هو على الفور ، لانه خيار يثبت في البيع لنقص في العوض ، فكان على الفور كالرد بالعيب ، ولان جواز تأخيره يفضي الى الضرر بالغرماء : لافضائه الى تأخير حقوقهم ، فأتى به خيار الاخذ بالشفعة ، ونصر القاضي هذا الوجه ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين .

فصل

فإن بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة لئلا يكمل لم يلزمه قبوله ، نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ، وقال مالك : ليس له الرجوع لأن الرجوع إنما يجوز لدفع ما يلحقه من النقص في الثمن فإذا بذل له وبكاله لم يكن له الرجوع كما لو زال العيب من المعيب ، ولنا الخبر الذي روينا ، ولأنه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه فلم يجبر صاحب الحق على قبضه كما لو أعسر الزوج بالنفقة فبذلها غيره أو عجز المكاتب فبذل غيره ما عليه لسيده ، وهذا ينتقض ما ذكره وسواء بذلوه من أموالهم أو خصوه بثمنه من التركة .

وفي هذا القسم ضم رآخر لأنه لا يأمن بتجدد ثبوت دين آخر فيرجع عليه ؛ وإن دفعوا إلى المفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن له الفسخ لأنه زال العجز عن تسليم الثمن فزال ملك الفسخ ، كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه فملك أداء الثمن ، ولو أسقط الغرماء حقوقهم عنه فتمكن من الأداء أو وهب له مال فأمكنه الأداء منه أو غلت أعيان ماله فصارت قيمتها وافية بحقوق الغرماء بحيث يمكنه أداء الثمن كله لم يكن للبائع الفسخ لزوال سببه ، ولأنه أمكنه الوصول إلى ثمن سلعته من المشتري فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس .

(فصل)

فإن اشترى المفلس من إنسان سلعة بعد ثبوت الحجر عليه في ذمته لم يكن له الفسخ لتعذر الاستيفاء سواء علم أو لم يعلم ولأنه لا يستحق المطالبة بشئها فلا يستحق الفسخ لتعذره كما لو كان ثمنها مؤجلاً ؛ ولأن العالم بالعيب دخل على بصيرة بخراب الذمة فأشبهه من اشترى معيباً يعلم عيبه ، وفيه وجه آخر أن له الخيار لعموم الخبر ولأنه عقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ ، كما لو تزوجت امرأة فقيراً معسراً بنفقة .

وفيه وجه ثالث : إن باعه عالماً بفلسه فلا فسخ له ، وإن لم يعلم فله الفسخ كمشترى المعيب ، ويفارق المعسر بالنفقة لسكون النفقة يتجدد وجوبها كل يوم ، فالرضا بالمعسر بها رضى بعيب ما لم يجب بخلاف مسألتنا ، وإنما يشبه هذا إذا تزوجته معسراً بالصداق وسلبت نفسها إليه ثم أرادت الفسخ

(فصل) ومن استأجر أرضاً من رعاها فأفلس قبل مضى شيء من المدة فللمؤجر فسخ الإجارة لأنه وجد عين ماله ؛ وإن كان بعد انقضاء المدة فهو غريم بالأجرة وإن كان بعد مضى بعضها لم يملك الفسخ في قياس قولنا في المبيع إذا تلف بعضه فإن المدة ههنا كالمبيع ومضى بعضها كتلف بعضه ، لكن يعتبر مضى مدة لمثلها أجرة لأنه لا يمكن التفرغ عن مضى جزء منها بحال .

وقال القاضي في موضع آخر : من اشترى أرضاً فزرعها ثم أفلس ففسخ صاحب الأرض فعليه تبقيّة زرع المفلس إلى حين الحصاد بأجر مثله لأن العقود عليه المنفعة فإذا فسخ العقد فسخه فيما ملك عليه بالعقد وقد تعذر ردها عليه فكان

عليه عوضها ، كما لو فسخ البيع بعد أن أتلّف المبيع فله قيمته ويضرب بذلك مع الغرماء كذا ههنا ويضرب مع الغرماء بأجر المثل دون المسمى ، وهذا مذهب الشافعي وهذا لا يقتضيه مذهبنا ولا يشهد لصحته الخبر ولا يصح في النظر .

أما الخبر فلأن النبي (ص) إنما قال « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ، وهذا ما أدرك متاعه بعينه ولا هو أحق به بالإجماع ، فإنهم وافقوا على وجوب تبقّيها وعدم الرجوع في عينها ، ولأن معنى قوله « من أدرك متاعه بعينه » ، أى على وجه يمكنه أخذه لا يتعلق حقه بعينه ، وليس هذا كذلك . وأما النظر فلأن البائع إنما كان أحق بعين ماله لتعلق حقه بالعين وإمكان رد ماله إليه بعينه فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة ، وهذا لم يتعلق حقه بالعين ولا أمكن ردها إليه ، وإنما صار فائدة الرجوع بالضرب بالقيمة دون المسمى ، وليس هذا هو المقضى في محل النص ولا هو في معناه ، فإثبات الحكم به تحكم بغير دليل ، ولو أكثرى رجلا يحمل له متاعا إلى بلد ثم أفلس المكترى قبل حل شيء فلمكترى الفسخ ، وإن حل البعض أو بعض المسافة فقياس المذهب ليس له الفسخ ، وقياس قول القاضى له ذلك ، فإذا فسخ سقط عنه حمل ما بقى وضرب مع الغرماء بقسط ما حمل من الأجر المسمى ، وعلى قياس قول القاضى يفسخ العقد في الجميع ويضرب بقسط ما حمل من أجر المثل لما ذكرنا من قوله في المسألة التي حكينا قوله فيها .

(فصل) فإن أقرض رجلا مالا ثم أفلس المقرض وعين المالك قائم فله الرجوع فيها لقوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ، ولأنه غريم وجد عين ماله فكان له أخذها كالبائع ، وإن أصدق امرأة له عيناً ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها أو طلقها قبل دخوله بها فاستحق الرجوع في نصفه وقد أفلس ووجد عين ماله فهو أحق بها لما ذكرنا

« مسألة » قال (فإن كانت السلعة قد تلفت بعضها أو مزيدة بمالا تفصل زيادتها أو نقد بعض ثمنها كان البائع فيها كأسوة الغرماء)

وجملة ذلك أن البائع إنما يستحق الرجوع في السلعة بخمس شرائط .

(أحدها) أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها، فإن تلف جزء منها كبعض أطراف العبد أو ذهبت عينه، أو تلف بعض الثوب أو انهدم بعض الدار، أو اشترى شجراً مثمراً لم تظهر ثمرته فتلفت الثمرة أو نحو هذا لم يكن للبائع الرجوع وكان أسوة الغرماء، وبهذا قال إسحاق. وقال مالك والاوزاعي والشافعي والعنبري: له الرجوع في الباقي ويضرب مع الغرماء بحصة التالف. لأنها عين يملك الرجوع في جميعها فملك الرجوع في بعضها كالذي له الخيار وكالآب فيما وهب لولده.

ولنا قول النبي (ص): من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به. فشرط أن يجده بعينه ولم يجده بعينه، ولأنه إذا أدركه بعينه حصل له بالرجوع فصل الخصومة وانقطاع ما بينهما من المعاملة بخلاف ما إذا وجد بعضه، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن أو يأخذه بقسطه من الثمن لأنه فات شرط الرجوع، وإن كان المبيع عتيق كعبدين أو ثوبين تلف أحدهما أو بعض أحدهما ففي جواز الرجوع في الباقي منهما روايتان (إحدهما) لا يرجع. نقلها أبو طالب عن أحمد قال: لا يرجع ببقية العين ويكون أسوة الغرماء، لأنه لم يجد المبيع بعينه فأشبه ما لو كان عيناً واحدة، ولأن بعض المبيع تالف فلم يملك الرجوع كما لو قطعت يد العبد.

ونقل الحسن بن ثواب عن أحمد: إن كان ثوباً واحداً فتلف بعضه فهو أسوة الغرماء، وإن كان رزماً فتلف بعضها فإنه يأخذ بقيمتها إذا كان بعينه لأن السالم من المبيع وجده البائع بعينه فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم «من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به»، ولأنه مبيع وجده بعينه فكان للبائع الرجوع فيه كما لو كان جميع المبيع.

(فصل) وإن باع بعض المبيع أو وهبه أو وقفه فهو بمنزلة تلفه، لأن البائع ما أدرك ماله بعينه.

(فصل) وإن نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه كعبد هزل أو نسي صناعة أو كتابة أو كبر أو مرض أو تغير عقله، أو كان ثوباً فخلق لم يتنع الرجوع، لأن فقد الصفة لا يخرج عنه كونه عين ماله، لكنه يتخير بين أخذه

ناقصاً بجميع حقه ، وبين أن يضرب مع الغرماء بكال ثمنه ، لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من سنن أو هزال أو علم أو نحوه فيصير كنقصه لتغير الأسعار ، ولو كان المبيع أمة ثيباً فوطئها المشتري ولم تحمل فله الرجوع فيها لما ذكرنا ، فإنها لم تنقص في ذات ولا في صفات ، وإن كانت بكرأ فقال القاضي : له الرجوع لأنه فقد صفة ، فإنه لم يذهب منها جزء ، وإنما هو كالجراح . وقال أبو بكر : ليس له الرجوع لأنه أذهب منها جزءاً فأشبهه ما لو فقأ عينها ، وإن وجد الوطء من غير المفلس فهو كوطء المفلس فيما ذكرنا .

(فصل) وإن جرح العبد أو شج فعلى قول أبي بكر لا يرجع لأنه ذهب جزء ينقص به الثمن ، فأشبهه ما لو فقت عين العبد ، لأنه ذهب من العين جزء له بدل فنع الرجوع ، كما لو قطعت يد العبد ، ولأنه لو نقص صفة مجردة لم يكن للبائع مع الرجوع فيها شيء سواه ، كما ذكرنا في هزال العبد ونسيان الصنعة وهتأ بخلافه ، ولأن الرجوع في المحل المنصوص عليه يقطع النزاع ويزيل المعاملة بينهما ، فلا يثبت في محل لا يحصل به هذا المقصود . وقال القاضي : قياس المذهب أن له الرجوع لأنه فقد صفة فأشبهه نسيان الصنعة واستخلاق الثوب ، فإذا رجع نظرنا في الجرح فإن كان مما لا أرش له كالحاصل بفعل الله تعالى أو فعل بهيمة أو جناية المفلس أو جناية عبده أو جناية العبد على نفسه فليس له مع الرجوع أرش ، وإن كان الجرح موجبا لأرش كجناية الأجنبي للبائع إذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من الثمن ، فينظر كم نقص من قيمته فيرجع بقسط ذلك من الثمن لأنه مضمون على المشتري للبائع بالثمن . فإن قيل فهلا جعلتم له الارش الذي وجب على الأجنبي لأنه لو لم يجب به أرش لم يرجع بشيء ، فلا يجوز أن يرجع بأكثر من الارش ؟ قلنا : لما أتلفه الأجنبي صار مضمونا بإتلافه للمفلس فكان الارش له ، وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن فلا يجوز أن يضممه بالارش ، وإذا لم يتلفه أجنبي فلم يكن مضمونا فلم يجب بفواته شيء ، فإن قيل فهلا كان هذا الارش للمشتري ككسبه لا يضممه للبائع ؟ قلنا الكسب بدل منافعه ؛ ومنافعه مملوكة للمشتري بغير عوض ، وهذا بدل جزء من العين والعين جميعها مضمونة بالعوض فلهذا ضمن ذلك للمشتري

(فصل) فان اشترى زيتا فخلطه بزيت آخر أو قحاً فخلطه بالآل يكن تمييزه منه سقط حق الرجوع ، وقال الشافعي ، إن خلطه بثله أو دونه ، لم يسقط الرجوع ، وله أن يأخذ متاعه بالكيل أو الوزن ، وإن خلطه بأجود منه ، ففيه قولان :

أحدهما : يسقط حقه من العين ، وقال الشافعي : وبه أقول : واحتجوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحكم ، فكان له الرجوع كما لو كانت منفردة ، ولأنه ليس فيه أكثر من اختلاط ماله بغيره فلم يمنع الرجوع ، كما لو اشترى ثوباً فصبغه ، أو سويقاً فلتته .

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلفت ، ولأن ما يأخذه من غير عين ماله ، إنما يأخذه عوضاً عن ماله فلم يختص به دون الغرماء كما لو تلف ماله ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : من أدرك متاعه بعينه ، أي من قدر عليه وتمسك من أخذه من المفلس بدليل ما لو وجده بعد زوال ملك المفلس ، أو كانت مسامير قد سمر بها بابا ، أو حجراً قد بنى عليه ، أو خشباً في سقفه ، أو أمة استولدها ، وهذا إذا أخذ كيله أو قيمته : إنما يأخذ عوض ماله ، فهو كالثمن والقيمة وفارق المصبوغ فإن عينه يكتنه يأخذها والسويق : كذلك فاختلفاً

(فصل) وإن اشترى حنطة فطحنها أو زرعها ، أو دقيقاً فخبزه ، أو زيتاً فعمله صابوناً ، أو ثوباً فقطعه قميصاً ، أو غزلاً فنسجه ثوباً ، أو خشباً فنجره أبواباً ، أو شريطاً فعمله إبراً ، أو شيتاً فعمل به ما أزال اسمه ، سقط حق الرجوع ، وقال الشافعي فيه قولان :

أحدهما به أقول : يأخذ عين ماله ويعطى قيمة عمل المفلس فيها ، لأن عين ماله موجودة وإنما تغير اسمها فأشبه ما لو كان المبيع حملاً فصار كبشاً أو ودياً فصار نخلاً ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ، ولأنه غير اسمه وصفته فلم يملك الرجوع كما لو كان نوى فنبت شجراً ، والأصل الذي قاسوا عليه ممنوع ، وإن سلم فإنه لم يتغير اسمه بخلاف مسائلنا .

(فصل) وإن كان حبا فصار زرعاً ، أو زرعاً فصار حباً أو نوى فنبت شجراً ، أو يضاف فصار فراخاً ، سقط حق الرجوع ، وقال القاضي : لا يسقط .

وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي المنصوص عليه منهما ، لان الزرع نفس الحب والفرخ نفس البيضة .

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يرجع كما لو أتلفه متلف فأخذ قيمته ، ولان الحب أعيان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودة عند البيع ، وكذلك أعيان الزرع والفرخ ولو استأجر أرضا واشترى بذرا وماء ، فزرع وسقى واستحصد وأفلس ، فالمؤجر وبائع البذر والماء غرماء لاحق لهم في الرجوع ، لانهم لم يجدوا أعيان أموالهم ، وعلى قول من قال : له الرجوع في الزرع يكون عليه غرامة الاجرة وثمن الماء ، أو قيمة ذلك .

{ فصل }

وان اشترى ثوبا فصبغه ، أو سويقا فتلته بزيت ، فقال أصحابنا : لبائع الثوب والسويق الرجوع في أعيان أموالها ، وهو مذهب الشافعي ، لان عين مالها قائمة مشاهدة ما تغير اسمها ويكون المفلس شريكا لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتهما فإن حصل زيادة فهي له ، وان حصل نقص فعليه ، وان نقصت قيمة الثوب أو السويق ، فإن شاء البائع اخذهما ناقصين ولا شيء له ، وان شاء تركهما وله أسوة الغرماء ، لان هذا نقص صفة فهو كالحزال : ويحتمل ان لا يكون له الرجوع اذا زادت القيمة ، لانه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس فنعت الرجوع كما لو سمن العبد ، ولان الرجوع ههنا لا يتخلص به البائع من المفلس ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة وازالة المعاملة ، بل يحصل به ضرر الشركة فلم يكن في معنى المنصوص عليه فلا يمكن إلحافه به .

(فصل) وان اشترى صبغا فصبغ به ثوبا أو زيتا فلت به سويقا ، فبائعهما أسوة الغرماء ، وقال أصحاب الشافعي : له الرجوع ، لانه وجد عين ماله ، قالوا ولو اشترى ثوبا وصبغا وصبغ الثوب بالصبغ رجح بائع كل شيء في عين ماله وكان بائع الصبغ شريكا لبائع الثوب ، وان حصل نقص فهو من صاحب الصبغ ، لانه الذي يتفرق وينقص والثوب بحاله فاذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ خمسة فصارت قيمتهما اثنا عشر ، كان لصاحب الثوب خمسة أسداسه ،

والآخر سدسه ، ويضرب مع الغرماء بما نقص وذلك ثلاثة دراهم ، وذكر القاضى مثل هذا فى موضع :

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ، ولأن المشتري شغله بغيره على وجه البيع فلم يملك بآثمه الرجوع فيه كما لو كان حجراً بنى عليه أو مسامير سمر بها باباً ، ولو اشترى ثوباً وصبغاً من واحد فصبغه به ، فقال أصحابنا : لا فرق بين ذلك وبين كون الصبغ من غير بائع الثوب ، فعلى قولهم يرجع فى الثوب وحده ويكون المفلس شريكاً له بزيادة الصبغ ويضرب مع الغرماء بثمان الصبغ ، ويحتمل أن يرجع فيهما ههنا ، لانه وجد عين ماله متميزاً عن غيره فكان له الرجوع فيه للخبر ، ولأن المعنى فى المحل الذى يثبت فيه الرجوع موجود ههنا ، فيملك الرجوع به كما يملكه ثم ولو أنه اشترى رفوفاً ومسامير من رجل واحد فسمرها بها يرجع بآثمها فيهما كذلك . وكذلك ما أشبهه

(فصل) إذا اشترى ثوباً فقصره لم يتخل من حالين :

أحدهما : أن لا تزيد قيمته بذلك ، فللبائع الرجوع فيه ، لأن عين ماله قائمة لم يزل اسمها ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها فكان له الرجوع فيها كما لو علم العبد صناعة لم تزد قيمته بها ، وسواء نقصت قيمته بذلك أو لم تنقص لأن ذلك النقص نقص صفة ، فلا يمنع الرجوع كنسيان صناعة وهزال العبد ، ولا شيء له مع الرجوع .

الثانى : أن تزيد قيمته بذلك فليس للبائع الرجوع على قياس قول الحرق ، لأن الثوب زاد زيادة لا تتميز فلم يملك البائع الرجوع فيه كما لو سمن العبد ، ولأنه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها ، فلم يملك الرجوع كبائع الصبغ إذا صبغ به ، والزيت إذا لت به سويق ، وقال القاضى وأصحابه له الرجوع فيها لانه أدرك متاعه بعينه ؛ ولأنه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهبت عينها فملك الرجوع فيها كما لو صبغها ، فعلى قولهم : إن كانت القصارة بعمل المفلس أو بأجرة وفاءها ، فهما شريكان فى الثوب : فإذا كانت قيمة الثوب خمسة ، فصار يساوى ستة ، فالمفلس سدسه ؛ ولبائعه خمسة أسداسه ، فإن اختار البائع دفع قيمة الزيادة الى المفلس لزمه قبولها لانه يتخلص بذلك من ضرر الشركة من غير مضرة تلاحقه

فأشبه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء إلى المشتري ، وإن لم يختار بيع الثوب وأخذ كل واحد منها بقدر حقه ، وإن كان العمل من صانع لم يستوف أجره ، فله حبس الثوب على استيفاء أجره ، فإن كانت الزيادة بقدر الاجر دفعت اليه ، وإن كانت أقل فله حبس الثوب على استيفاء قدر الزيادة ويضرب مع الغرماء بما بقي ، وإن كانت أكثر ، مثل أن تكون الزيادة درهمين ، والاجر درهم فله قدر أجره وما فضل للغرماء .

(فصل)

الشرط الثاني : أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الصناعة والكتابة أو القرآن ونحو ذلك ، واختلف المذهب في هذا فذهب الحرق إلى أنها تمنع الرجوع ، وروى الميموني عن أحمد أنها لا تمنع وهو مذهب مالك والشافعي ، إلا أن مالكا يغير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به ، واحتجوا بالخبر وبأنه فسخ لا يمنع منه الزيادة المنفصلة فلا تمنعه المتصلة كالارد بالعيب وفارق الطلاق فإنه ليس بفسخ ولأن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيصل إلى حقه تاما وههنا لا يمكنه الرجوع في الثمن .

ولنا أنه فسخ بسبب حادث فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة كفسخ النكاح بالاعسار أو الرضاع ، ولأنها زيادة في ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كالمنفصلة وكالحاصلة بفعله ولأن الثمن لم يصل اليه من البائع فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله ، وفارق الرد بالعيب لوجهين .

أحدهما . أن الفسخ فيه من المشتري فهو راض بإسقاط حقه من الزيادة ، وتركها للبائع بخلاف مسألتنا .

والثاني : أن الفسخ ثم لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم والفسخ ههنا لسبب حادث فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة ، وقولهم : أن الزوج إنما لم يرجع في العين لكونه يتدفع عنه الضرر بالقيمة - لا يصح فإن اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنعه من أخذ حقه من العين ولو كان مستحقا للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشتري المعيب ، ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدة لكون الزيادة مستحقة له . فلما لم يكن كذلك علم أن

المانع من الرجوع كون الزيادة للرأه وأنه لا يمكن فصلها فكذلك ههنا بل أولى فان الزيادة يتعلق بها حق المفلس والغرماء فمنع المشتري من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يصلوا الى تمام ديونهم والمفلس المحتاج الى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته .

(فصل) وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته ليس بزائد ولم يتعلق به حق آخر وههنا قد تعلقت به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة لما ذكرنا من الدليل ، يحققه أنه اذا كان تلف بعض المبيع مانعا من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا بالغرماء فلأن يمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى ولأنه إذا رجع في الناقص فما رجع الا فيما باعه وخرج منه واذا رجع في الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ما لم يخرج عنه فكان بالمنع أحق .

(فصل) فأما الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب فلا تمنع الرجوع بغير خلاف بين أصحابنا وهو قول مالك والشافعي وسواء نقص بها المبيع أو لم ينقص اذا كان نقص صفة والزيادة للمفلس ، هذا ظاهر كلام الخرقي لانه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى ، وهذا قول ابن حامد والقاضي ومذهب الشافعي وهو الصحيح ان شاء الله تعالى : وقال أبو بكر الزيادة للبائع وهو مذهب مالك ، ونقل حنبل عن أحمد في ولد الجارية ونتاج الدابة هو للبائع لأنها زيادة فكانت للبائع كالممتصة .

ولنا أنها زيادة انفصلت في ملك المشتري فكانت له كما لو رده بعيب ولأنه فسخ استحق به استرجاع العين فلم يستحق أخذ الزيادة المنفصلة كفسخ البيع بالعيب أو الخيار أو الإقالة وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » يدل على أن النماء والعنلة للمشتري لكون الضمان عليه ، وأما الزيادة المتصلة فقد دللنا على أنها للمفلس أيضا وفي ذلك تنبيه على كون المنفصلة له ثم لو سلمنا ثم فالفرق ظاهر فإن المتصلة تتبع في الفسوخ والرد بالعيب بخلاف المنفصلة ولا ينبغي أن يقع في هذا اختلاف لظهوره ، وكلام أحمد في رواية حنبل يحمل على أنه باعها في حال حملها فيكونان مبيعين ولهذا ذهب هذين بالذكر دون بقية النماء .

فصل في

ولو اشترى أمة حاملا ثم أفلس وهي حامل فله الرجوع فيها الا أن يكون الحمل قد زاد بكبره وكثرت قيمتها من أجله فيكون من قبيل الزائد زيادة متصلة على ما مضى، وان أفلس بعد وضعها، فقال القاضي: له الرجوع فيهما بكل حال من غير تفصيل، والصحيح: أننا إن قلنا إن الحمل لا حكم له فالولد زيادة منفصلة فعلى قول أبي بكر: لا يمنع الرجوع فيهما وعلى قول غيره يكون الولد للبفس فيحتمل أن يمنع الرجوع في الأم لتلا يفضى الى التفريق بين الأم وولدها ويحتمل أن يرجع في الأم ويدفع قيمة الولد ليكونا جميعا له وان لم يفعل بيعت الأم وولدها جميعا وقسم الثمن على قدر قيمتهما فما خص الأم فهو للبائع وما خص الولد كان للبفس، وان قلنا ان للولد حكما وهو الصحيح لما ذكرناه فيما تقدم فإن كانت الأم والولد قد زاد بالوضع فحكمهما حكم المبيع الزائد زيادة متصلة وان لم يزيدا جاز الرجوع فيهما، وان زاد أحدهما دون الآخر خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين فتلف بعض أحدهما فهل يمنع ذلك الرجوع في الأخرى؟ كذلك يخرج ههنا وجهان.

أحدهما: أنه له الرجوع فيما لم يزد دون ما زاد فيكون حكمه كحكم الرجوع في الأم دون الولد على ما فصلناه.

الثاني: ليس له الرجوع في شيء منهما لأنه لم يجد المبيع إلا زائداً، فاستنع عليه الرجوع كالعين الواحدة، وان كان البيع حيواناً غير الأمة فحكمه حكمها الا في أن التفريق بينها وبين ولدها جائز، والامة بخلاف ذلك.

(فصل) وان اشترى حائلا لحملت ثم أفلس وهي حامل فزادت قيمتها به فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الحرقى ولا تمنعه على رواية الميموني، وإن أفلس بعد وضعها فهي زيادة منفصلة فتكون للبفس على الصحيح، ويمنع الرجوع في الام دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهذا أحد قولي الشافعي، ويحتمل أن يرجع في الام على ما ذكرنا في التي قبلها، وعلى قول أبي بكر الزيادة للبائع فيكون له الرجوع فيهما.

وقال القاضي: إذا وجدها حاملا ابنتي على أن الحمل هل له حكم أم لا؟ فإن قلنا

لا حكم له جرى مجرى الزيادة المتصلة، وإن قلنا له حكم فالولد في حكم المنفصل
 يترتب به حتى تضع ويكون الحكم فيه كما لو وجدته بعد وضعه، وإن كان الحمل في
 غير الأدمية جاز التفريق بينهما كما تقدم.

(فصل) إذا كان المبيع نخلا أو شجراً فأفلس المشتري لم يخل من أربعة أحوال
 أحدها : أن يفلس وهي بجاها لم تزد ولم تثمر ولم يتلف بعضها فله الرجوع فيها
 الثاني : أن يكون فيها ثمر ظاهر أو طلع مؤبر ويشترطه المشتري فبأكله
 أو يتصرف فيه أو يذهب بجائحة ثم يفلس فهذا في حكم ما لو اشترى عينين فتلفت
 أحدهما ثم أفلس فهل للبائع الرجوع في الأصول ويضرب مع الغرماء بحصة
 التالف من الثمر ؟ على روايتين ، وإن تلف بعضها فهو كتلف جميعها ، وإن زادت
 أو بدا صلاحها فهذه زيادة متصلة في إحدى العينين ، وقد ذكرنا بيان حكمها .

الحال الثالث : أن يبيعه نخلاً قد أطلعت ولم تؤبر أو شجراً فيها ثمرة لم تظهر
 فهذه الثمرة تدخل في البيع المطلق فإن أفلس بعد تلف الثمرة أو تلف بعضها أو
 الزيادة فيها أو بدو صلاح حكم ذلك حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة لأن
 المبيع كان بمنزلة العين الواحدة ولهذا دخل الثمر في مطلق البيع بخلاف التي قبلها
 الحال الرابع : باعه نخلاً حائلاً فأطلعت أو شجراً فأثمر فذلك على أربعة أضرب
 أحدها : أن يفلس قبل تأبيرها فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول
 الحرق كالسمن والكبر ، ويحتمل أن يرجع في النخل دون الطلع لأنه يمكن فصله
 ويصح إفراده بالبيع فهو كالمؤبر بخلاف السمن والكبر ، وهذا قول ابن حامد
 وعلى رواية الميموني لا يمنع بل يرجع ويكون الطلع للبائع كما لو فسخ بحبيب وهو
 أحد قولي الشافعي ، والقول الثاني يرجع في الأصل دون الطلع وكذلك عند رد
 بالعيب والأخذ بالشفعة .

الضرب الثاني : أفلس بعد التأبير وظهور الثمرة فلا يمنع الرجوع بغير خلاف
 والطلع للمشتري إلا على قول أبي بكر ، والصحيح الأول لأن الثمرة لا تتبع في
 البيع الذي ثبت بتراضيهما ففي الفسخ الحاصل بغير رضى المشتري أولى ولو باعه
 أرضاً فارغة فزرعها المشتري ثم أفلس فإنه يرجع في الأرض دون الزرع وجهاً
 واحداً لأن ذلك من فعل المشتري .

الضرب الثالث : أفلس والطلع غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يكن له الرجوع كما لو أفلس بعد تأبيرها لأن العين لا تنتقل إلا باختياره لها وهذا لم يخترها إلا بعد تأبيرها فإن ادعى البائع الرجوع قبل التأبير وأنكره المفلس فالقول قول المفلس مع يمينه لأن الأصل بقاء ملكه وعدم زواله .

وان قال له البائع بعث بعد التأبير ، وقال المفلس بل قبله فالقول قول البائع لهذه العلة فإن شهد الغرماء للمفلس لم نسمع شهادتهم لأنهم يحرون الى أنفسهم نفعا وان شهدوا للبائع وهم عدول قبلت شهادتهم لعدم التهمة .

الضرب الرابع : أفلس بعد أخذ الثمرة أو ذهبت بجائحة أو غيرها رجع البائع في الأصل والثمرة للمشتري الا على قول أبي بكر وكل موضع لا يتبع الثمر الشجر إذا رجع البائع فيه فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أو ان الجزاء ، وكذلك إذا رجع في الأرض وفيها زرع للمفلس فليس له المطالبة بأخذه قبل أو ان الحصاد لأن المشتري زرع في أرضه بحق وطلعه على الشجر بحق فلم يلزمه أخذه قبل كما له كالأول باع الأصل وعليه الثمرة أو الزرع وليس على صاحب الزرع أجر لأنه زرع في أرضه زرعاً يجب تبقيته فكانه استوفى منفعة الأرض فلم يكن عليه ضمان ذلك .

إذا ثبت هذا فإن اتفق المفلس والغرماء على التبقية أو القطع فلمهم ذلك ، وان اختلفوا فطلب بعضهم قطعه وبعضهم تبقيته نظرنا فان كان عما لا قيمة له مقطوعاً أو قيمته يسيرة لم يقطع لأن قطعه سفه وتضييع للبال ، وقد نهى النبي (ص) عن إضاعته وان كانت قيمته كثيرة ففيه وجهان .

أحدهما : يقدم قول من طلب القطع لأنه أحوط فان في تبقيته غرراً ولا أن طالب القطع إن كان المفلس فهو يقصد تبرئة ذمته ، وان كان الغرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم وذلك حق لهم ، وهذا قول القاضي : وأكثر أصحاب الشافعي .
والثاني : ينظر الى ما فيه الحظ فيعمل به لأن ذلك أنفع لجميعهم والظاهر سلامته ولهذا يجوز أن يزرع للمولى عليه ، وفيه وجه آخر أنه ان كان الطالب للقطع الغرماء وجبت إجابتهم لأن حقوقهم حالة فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان إيفائها وان كان الطالب له المفلس دونهم وكان التأخير أحظ له لم يقطع لأنهم رضوا بتأخير حقوقهم لحظ يحصل لهم والمفلس يطلب ما فيه ضرر

بنفسه ومنح للغرماء من استيفاء الفدر الذى يحصل من الزيادة بالتأخير فلا يلزم
الغرماء إجابته الى ذلك .

(فصل) إذا أقر الغرماء بأن الزرع أو الطلع للبائع ولم يشهدوا به أو شهدوا به
ولم يكونوا عدولا أو لم يحكم بشهادتهم حلف المفلس وثبت الطلع له ينفرد به
دونهم لأنهم يقرون أنهم لا حق لهم فيه فإن أراد دفعه الى أحدهم وتخصيصه بشئ
فله ذلك لإقرار باقيه بعدم حقهم فيه فإن امتنع ذلك الغريم من قبوله أجبر على
قبوله أو الإبراء من قدره من دينه فيقال له إما أن تقبضه وأما أن تبني من قدر
ذلك من دينك وهذا مذهب الشافعى ، لأنه محكوم به للمفلس فكان له أن يقضى
دينه منه كما لو أدى المسكاتب الى سيده نجوم كتابته فقال سيده هذا حرام وأنكر
المسكاتب ، وإن أراد قسمته على الغرماء لزمهم قبوله أو الإبراء لذلك ، فإن قبضوا
الثمرة بعينها لزمهم رد ما حصل لهم الى البائع لأنهم يقرون له بها فلزمهم دفعها
اليه كما لو أقروا بعق عبد في ملك غيرهم ثم اشتروه منه ، وإن باع الثمرة وفرق
ثمنها فيهم أو دفعه الى بعضهم لم يلزمهم رد ما أخذوا من ثمنها لأنهم إنما اعتبروا
بالعين لا بثمنها ، وإن شهد بعض الغرماء دون بعض أو أقر بعضهم دون بعض
لزم الشاهد ، أو المقر الحكم الذى ذكرناه دون غيره ، وإن عرض عليهم المفلس
الثمرة بعينها فأبوا أخذها لم يلزمهم ذلك لأنه إنما يلزمهم الاستيفاء من جنس
ديونهم إلا أن يكون فيهم من له جنس من الثمر أو الزرع كالمقرض ، أو المسلم فيلزمه
أخذ ما عرض عليه إذا كان بصفة حقه .

ولو أقر الغرماء بأن المفلس أعتق عبداً له قبل فلسه فأنكر ذلك لم يقبل قوله لهم
إلا أن يشهد منهم عدلان ، ويكون حكمهم في قبض العبد أو أخذ ثمنه إن عرضه
عليهم حكم ما لو أقروا بالثمن للبائع ، وكذلك إن أقروا بعين بما في يديه أنها غصب
أو عارية أو نحو ذلك فالحكم كما ذكرنا سواء ، وإن أقروا بأنه أعتق عبده بعد
فلسه انبنى ذلك على صحة عتق المفلس .

فإن قلنا : لا يصح عتقه فلا أثر لإقرارهم ، وإن قلنا بصحته فهو كإقرارهم
بعتقه قبل فلسه : وإن حكم الحاكم بصحته أو بفساده نفذ حكمه على كل حال لأنه

فصل يجتهد فيه ، فيلزم ما حكم به الحاكم ، ولا يجوز نقضه ولا تغييره .

(فصل) وان صدق المفلس البائع في الرجوع قبل التأخير وكذبه الغرماء لم يقبل اقراره لان حقوقهم تعلقت بالثمرة ظاهراً فلم يقبل اقراره كما لو أقر بالانخيل وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون أن البائع رجع قبل التأخير ، ولأن هذه اليمين لا يتوبون فيها عن المفلس بل هي ثابتة في حقوق ابتداء بخلاف ما لو ادعى حقاً وأقام شاهداً فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه لان اليمين ثم على المفلس فلو حلفوا حلفوا ليثبتوا حقاً لغيرهم ولا يحلف الإنسان ليثبت لغيره حقاً ، ولا يجوز أن يكون نائباً فيها لان الايمان لا تدخلها النيابة .

وفي مسائلنا الاصل أن هذا الطلع قد تعلقت حقوقهم به لكونه في يد غريمهم ومتصل بنخله والبائع يدعى ما يزيل حقوقهم عنه ، فأشبهه سائر أعيان ماله ، ويحلفون على نفي العلم لانه يمين على نفي الدين عن الميت ، ولو أقر المفلس بعين من أعيان ماله لاجنبي أو لبعض غرمائه فأنكره الغرماء فالقول قولهم وعليهم اليمين أنهم لا يعلمون ذلك .

وكذلك لو أقر بغريم آخر يستحق مشاركتهم فأنكره ، فعليهم اليمين أيضاً ويكون على نفي العلم لذلك ، وان أقر أنه أعتق عبده أنبنى ذلك على صحة عتق المفلس فإن قلنا يصح عتقه صح اقراره وعتق لان من ملك شيئاً ملك الاقرار به ولان الاقرار بالعتق يحصل به العتق فمكانه أعتقه في الحال .

وان قلنا لا يصح عتقه لم يقبل اقراره ، وكان على الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون ذلك ، وكل موضع قلنا على الغرماء اليمين فهو على جميعهم ، فان حلفوا أخذوا ، وان نكوا قضى للمدعى بما ادعاه ، الا أن نقول برد اليمين فترد على المدعى ، فيحلف ويستحق ، وان حلف بعضهم دون بعض أخذ الخالف نصيبه ، وحكم الناكل ما ذكرناه .

(فصل) وان أقر المفلس أنه أعتق عبده منذ شهر وكان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالاً وأنكر الغرماء ، فان قلنا لا يقبل اقراره حلفوا واستحقوا العبد وكسبه وان قلنا يقبل اقراره لم يقبل في كسبه ؛ وكان للغرماء أن يحلفوا أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب ويأخذون كسبه ، لان اقراره انما قبل في العتق دون غيره

لصحته منه ولبنائه على التغليب والسراية فلا يقبل في المال لعدم ذلك فيه ولأننا
نزلنا إقراره منزلة إعتاقه في الحال فلا تثبت له الحرية فيما مضى ، فيسكون كسبه
محكوما به لسيدته ، كما لو أقر بعقده ثم أقر له بعين في يده .

(فصل)

فان كان المبيع أرضا فبناها المشتري أو غرسها ثم أفلس ، فأراد البائع الرجوع
في الارض نظرت ، فان اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء فلم ذلك
لان الحق لهم لا يخرج عنهم ، فاذا قلعوه فللبائع الرجوع في أرضه لانه وجد متاعه
بعينه . قال أصحابنا . ويستحق الرجوع قبل القلع ، وهو مذهب الشافعي ، ويحتمل
أن لا يستحقه حتى يوجد القلع ، لانه قبل القلع لم يدرك متاعه إلا مشعرا ولا يملك
المشتري ، فأشبه ما لو كانت مساير في باب المشتري ، فان قلنا له الرجوع قبل
القلع فقلعوه لزمهم تسوية الارض من الحفر وأرش نقص الارض الحاصل به .
لان ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه ، كما لو دخل فصيله دار
إنسان وكبر فأراد صاحبه إخراجه فلم يكن إلا يهدم بابها ، فان الباب يهدم ليخرج
ويضمن صاحبه ما نقص بخلاف ما اذا وجد البائع عين ماله ناقصة فرجع فيها ،
فانه لا يرجع في النقص لأن النقص كان في ملك المفلس وههنا حدث بعد
رجوعه في العين ، فلهذا ضمنوه ويضرب بالنقص مع الغرماء .

وإن قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يلزمهم تسوية الحفر ولا أرش النقص ،
لانهم فعلوا ذلك في أرض المفلس قبل رجوع البائع فيها فلم يضمنوا النقص كما لو
قلعه المفلس قبل فلسه ، فأما ان امتنع المفلس والغرماء من القلع فلم ذلك ولا
يجبرون عليه لانه غرس بحق . ومفهوم قوله عليه السلام « ليس لعرق ظالم حق » ،
أنه إذا لم يكن ظالما فله حق ، فان بذل البائع قيمة الغراس والبناء ليكون له الكل
أو قال أنا أقلع وأضمن ما نقص

فان قلنا له الرجوع قبل القلع فله ذلك ، لان البناء والغراس حصل في ملكه
لغيره بحق فكان له أخذه بقيمته أو قلعه وختمان نقصه كالشفيع إذا أخذ الارض
وفيها غراس وبناء للمشتري ، والمعير إذا رجع في أرضه بعد غرس المستعير ،
وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يكن له ذلك ، لأن بناء المفلس وغرسه في

ملكه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ولا على قلعه كما لو لم يرجع في الأرض ، فأما إن امتنع البائع من بذل ذلك سقط حق الرجوع . وهذا قول ابن حامد وأحد الوجيين لأصحاب الشافعي .

وقال القاضي : يحتمل أن له الرجوع ؛ وهو القول الثاني للشافعي ، لأنه أدرك متاعه بعينه وفيه مال المشتري على وجه التبع فلم يمنع ذلك الرجوع ، كالثوب إذا صبغته المشتري .

ولنا أنه لم يدرك متاعه على وجه يمكنه أخذه منفرداً عن غيره فلم يكن له أخذه كالحجر في البناء والمسامير في الباب ، ولأن في ذلك ضرراً على المشتري والغرماء ، ولا يزال الضرر بالضرر ، ولأنه لا يحصل بالرجوع ههنا انقطاع النزاع والخصومة بخلاف ما إذا وجدها غير مشغولة بشيء ، وأما الثوب إذا صبغته فلا نسلم أن له الرجوع فهو كسألتنا ، وإن سلينا فالفرق بينهما من وجحين .

أحدهما أن الصبغ تفرق في الثوب فصار كالصفة فيه بخلاف البناء والعنرس فإنه أعيان متميزة وأصل في نفسه

والثاني أن الثوب لا يراد للبقاء بخلاف الأرض ، فإذا قلنا لا يرجع فلا كلام وإن قلنا يرجع فرجع واتفق الجميع على بيعهما بيعا لهما وأخذ كل واحد بقدر حقه وإن امتنع أحدهما من البيع احتمل أن يجبر عليه ، كما لو كان المبيع ثوباً فصبعنه المشتري فإن الثوب يباع لهما ، كذا ههنا ، ويحتمل أن لا يجبر لأنه أمكن طالب البيع أن يبيع ملكه منفرداً بخلاف الثوب المصبوغ ، فإن يباع لهما قسماً الثمن على قدر القيمتين فتقوم الأرض غير ذات شجر ولا بناء ، ثم تقوم وهما فيها فما كان قيمة الأرض بعين غراس ولا بناء فللبائع قسطه من الثمن وما زاد فهو للمفلس والغرماء . وإن قلنا لا يجبر الممتنع على البيع أو لم يطلب أحدهما البيع فاتفقاً على كيفية كونها بينهما جاز ما اتفقا عليه ، وإن اختلفا كانت الأرض للبائع والغرماء والبناء للمفلس والغرماء ولهم دخول الأرض لسقي الشجر وأخذ الشجرة ، وليس لهم دخولها للتفرج ولعغير حاجة ، وللبائع دخولها للزرع ولما شاء لأن الأرض له وملكه ، وإن باعوا الشجر والبناء لإنسان لحكمه في ذلك حكمهم ؛ ولو بذل المفلس والغرماء أو المشتري منهم قيمة الأرض للبائع ليدفعها لهم لم يلزمه ذلك .

لأن الأرض أصل فلا يجبر على بيعها بخلاف ما فيها من الغرس والبناء .

(فصل) إذا اشترى غراساً فغرسه في أرضه ثم أفلس ولم يزد الغراس فله الرجوع فيه لأنه أدرك متاعه بعينه ، وإذا أخذه فعليه تسوية الأرض وأرض نقصها الحاصل بقلعه ، لأنه نقص حصل لتخليص ملكه من ملك غيره ، وإن بذل المفلس والغرماء له قيمته ليملكوه بذلك لم يجبر على قبولها ، لأنه إذا اختار أخذ ماله وتفرغ ملكهم وإزالة ضرره عنهم لم يكن لهم منعه كالمشترى إذا عرس في الأرض المشفوعة ، وإن امتنع من القلع فبذلوا له القيمة ليملكه المفلس أو أرادوا قلعه وضمان النقص فلم يملك ذلك ؛ وكذلك إذا أرادوا قلعه من غير ضمان النقص لأن المفلس إنما ابتاعه مقلوعاً فلم يجب عليه إبقاؤه في أرضه

وقيل ليس لهم قلعه من غير ضمان النقص ، لأنه غرس بحق فأشبه غرس المفلس في الأرض التي ابتاعها إذا رجم بائعها فيها ، والفرق بينهما ظاهر ، فإن إبقاء الغراس في هذه الصورة حق عليه فلم يجب عليه بفعله ، وفي التي قبلها إبقاؤه حق له فوجب له بعنراسه في ملكه ، فإن اختار بعضهم القلع وبعضهم التبقية قدم قول من طلب القلع ، سواء كان المفلس أو الغرماء أو بعض الغرماء ، لأن الإبقاء ضرر غير واجب فلم يلزم الممتنع منه الإجابة إليه . وإن زاد العنراس في الأرض فهي زيادة متصلة تمتع الرجوع على قول الحنفي ولا تمنعه على رواية الميموني .

(فصل)

وإن اشترى أرضاً من رجل وغراساً من آخر فغرسه فيها ثم أفلس ولم يزد الشجر فلكل واحد منهما الرجوع في عين ماله ، ولصاحب الأرض قلع العنراس من غير ضمان نقصه بالقلع على ما ذكرنا ، لأن البائع إنما باعه مقلوعاً فلا يستحقه إلا كذلك ، وإن أراد بائه قلعه من الأرض فقلعه فعليه تسوية الحفر وضمان نقصها الحاصل به لما تقدم ، وإن بذل صاحب العنراس قيمة الأرض لصاحبها لتملكها لم يجبر على ذلك ، لأن الأرض أصل فلا يجبر على بيعها تبعاً ، وإن بذل صاحب الأرض قيمة العنراس ليملكه إذا امتنع من القلع ، فله ذلك ؛ لأن غرسه حصل في ملك غيره بحق ، فأشبه غرس المفلس في أرض البائع ،

ويحتمل أن لا يملك ذلك ، لأنه لا يجبر على إبقائه اذا امتنع من دفع قيمته ، أو أرش نقصه ، فلا يكون له أن يملكه بالقيمة ، بخلاف التي قبلها . والاول أولى ، وهذا ينتقض بغرس الناصب

(فصل) الشرط الثالث أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئا : فإن كان قد قبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع . وهذا قال اسحق والشافعي في القديم . وقال في الجديد : له أن يرجع في قدر ما بقي من الثمن ، لأنه سبب ترجع به العين كلها الى العاقد ، فجاز أن يرجع به بعضها ، كالفرقة قبل الدخول في النكاح . وقال مالك هو مخير ان شاء رد ما قبضه ورجع في جميع العين ، وان شاء حاص الغرماء ولم يرجع .

ولنا ما روى أبو بكر ابن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله (ص) قال : « إنما رجل باع سلعة ، فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئا فهي له ، وان كان قد قبض من ثمنها شيئا فهو أسوة الغرماء » رواه أبو داود وابن ماجه والدارقطني . ولأن في الرجوع في قسط ما بقي تبغيضا للصفقة على المشتري واضراراً به ، وليس ذلك للبائع

فان قيل لا ضرر عليه في ذلك لأن ماله يباع ولا يبقى له فيزول عنه الضرر قلنا لا يندفع الضرر بالبيع ، فان قيمته تنقص بالتشقيص ولا يرغب فيه مشقفاً فيتضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة ، ولأنه سبب يفسخ به البيع فلم يجوز تشقيصه كالرد بالعيب والخيار ، وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح ، ولا فرق بين كون المبيع عينا واحداً أو عينين لما ذكرنا من الحديث والمعنى

فان قيل حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبي (ص) مرسل ولا حجة في المراسيل ، قلنا قد رواه مالك وموسى بن عقبة عن الزهري عن أبي بكر ابن عبد الرحمن عن أبي هريرة ، كذلك ذكره ابن عبد البر وأخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطني في سننهم متصلًا فلا يضر ارسال من أرسله ، فإن راوى المسند معه زيادة لا يعارضها ترك مرسل الحديث لها ، وعلى أن المرسل حجة فلا يضر ارساله

(فصل) الشرط الرابع : أن لا يكون تعلق باحق الغير ، فإن رهنها المشترى ثم أفلس أو وهبها ، لم يملك البائع الرجوع كالموابعها أو أعتقها ، ولأن في الرجوع إضراراً بالمرتئن ، ولا يزال الضرر بالضرر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال دمن وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به ، وهذا لم يجده عند المفلس . ولا نعلم في هذا خلافاً ، فإن كان دين المرتئن دون قيمة الرهن يبع كله ففضى منه دين المرتئن والباقي يرد على سائر مال المفلس ويشتريك الغرماء فيه ، وإن يبع بعضه فباقيه بينهم يباع لهم أيضاً ولا يرجع به البائع . قال القاضي : له الرجوع به ، وهو مذهب الشافعي لأنه عين ماله لم يتعلق به حق غيره

ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له أخذه ، كما لو كان الدين مستغرقا له ، وما ذكره القاضي لا يخرج على المذهب ، لأن تلف بعض المبيع يمنع الرجوع : فكذلك ذهاب بعضه بالمبيع ، ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع في باقيه لما ذكرنا ، وإن كان المبيع عتيق فرهن أحدهما ، فهل يملك البائع الرجوع في الأخرى ؟ على وجهين بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحدى العينين ، وإن فك الرهن قبل فليس المشتري أو أبرأ من دينه فللبائع الرجوع لأنه أدرك متاعه بعينه عند المشتري ، وإن أفلس وهو رهن فأبرأ المرتئن المشترى من دينه أو قضى الدين من غيره فللبائع الرجوع أيضاً كذلك

(فصل)

وان كان عبداً فأفلس المشتري بعد تعلق أرش الجناية برقبته ، ففيه وجهان : أحدهما ليس للبائع الرجوع ، لأن تعلق الرهن به يمنع الرجوع وأرش الجناية يقدم على حق المرتئن فأولى أن لا يرجع . ذكره أبو الخطاب والثاني لا يمنع الرجوع فيه لأنه حق لا يمنع تصرف المشتري فيه ، فلم يمنع الرجوع كالدين في ذمته ، وفارق الرهن ، فإنه يمنع تصرف المشتري فيه ، فإن قلنا لا يرجع لحكمه حكم الرهن . وإن قلنا له الرجوع فهو خير إن شاء رجع فيه ناقصاً بأرش الجناية وإن شاء ضرب بشمته مع الغرماء ، وإن أبرأ الغريم من الجناية فللبائع الرجوع فيه لأنه وجد متاعه بعينه خالياً من تعلق حق غيره به

فصل

وان أفلس بعد خروج المبيع من ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو عتق أو غير ذلك لم يكن للبائع الرجوع لأنه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس ، سواء كان المشتري يمكنه استرجاعه بخيار له أو عيب في ثمنه ، أو رجوعه في هبة ولده أو غير ذلك لما ذكرنا ، وخروج بعضه كخروج جميعه لما تقدم ، فإن أفلس بعد رجوع ذلك الى ملكه فقيه ثلاثة أوجه :

أحدهما : له الرجوع للخبر ، ولأنه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره ، أشبه ما لو لم يبعه .

والثاني لا يرجع ، لأن هذا الملك لم ينتقل اليه منه فلم يملك فسخه . ذكر أصحابنا هذين الوجهين ، ولأصحاب الشافعي مثل ذلك

والثالث : ان عاد اليه بسبب جديد ، كبيع أو هبة أو وارث أو وصية أو نحو ذلك لم يكن للبائع الرجوع ، لأنه لم يصر اليه من جهته ، وان عاد اليه بفسخ كالإقالة والرد بعيب أو خيار ونحو ذلك فللبائع الرجوع ، لان هذا الملك استند الى السبب الاول ، فإن فسخ العقد الثاني لا يقتضى ثبوت الملك ، وانما أزال السبب المزيل للملك البائع ، فثبت الملك بالسبب الاول ، فملك استرجاع ما ثبت الملك فيه يبعه .

(فصل) وان كان المبيع شقصا مشفوعا فقيه ثلاثة أوجه :

أحدها : البائع أحق به ؛ هذا قول ابن حامد للخبر ، ولأنه اذا رجع فيه عاد الشقص اليه فزال الضرر عن الشفيع ، لأنه عاد كما كان قبل البيع ؛ ولم تتجدد شركة غيره .

والثاني أن الشفيع أحق . ذكره أبو الخطاب ، لان حقه أسبق فكان أولى ، ويانه أن حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالبيع ، ولان حقه أكد لانه يستحق انتزاع الشقص من المشتري ومن نقله اليه ، وحق البائع انما يتعلق بالعين ، ما دامت في يد المشتري ، ولا يزول الضرر عنه برده الى البائع ، بدليل ما لو باعه المشتري لبائعه أو وهبه إياه أو أقاله لم يسقط حق الشفيع ، ولان البائع انما يستحق الرجوع في عين لم يتعلق بها حق الغير ، وهذه قد تعلق بها حق الشفيع

الوجه الثالث : ان الشفيع إن كان طالب بالشفعة ، فهو أحق لأن حقه تأكيد هنا بالمطالبة ، وإن كان لم يطالب بها فالبايع أولى ، ولأصحاب الشافعى وجهان كالأولين ، ولهم وجه ثالث : أن الثمن يؤخذ من الشفيع فيختص به البايع جمعاً بين الحقين ، فإن غرض الشفيع فى عين الشقص المشفوع ، وغرض البايع فى ثمنه فيحصل ذلك بما ذكرنا وليس هذا جيداً لأن حق البايع إنما ثبت فى العين ، فإذا صار الأمر إلى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه .

(فصل) وإن كان المبيع صيداً فأفلس المشتري والبايع محرم لم يرجع فيه لأنه تملك للصيد فلم يجز مع الاحرام كسراء الصيد ، وإن كان البايع حلالاً فى الحرم والصيد فى الحل فأفلس المشتري فللبايع الرجوع فيه ، لأن الحرم إنما يحرم الصيد الذى فيه ، وهذا ليس من صيده فلا يحرم . ولو أفلس المحرم وفى ملكه صيد ، بائعه حلال ، فله أخذه لأن المانع غير موجود فى حقه .

فصل فى بيع الدين بالدين

وإذا أفلس وفى يده عين مال دين بائعها مؤجل وقلنا : لا يحل الدين بأفلس ، فقال أحمد فى رواية الحسن بن ثواب : يكون ماله موقوفاً إلى أن يحل دينه فيختار البايع الفسخ أو الترك ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، والمنصوص عن الشافعى أنه يباع فى الديون الحاله ويتخرج لنا مثل ذلك لأنها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل كدين من لم يجد عين ماله وللأول الخبر . وإن حق هذا البايع تعلق بالعين فقدم على غيره وإن كان مؤجلاً كالمرتهن والمجنى عليه .

(فصل) قال أحمد فى رجل ابتاع طعاماً نسيئته ونظر إليه وقلبه وقال اقبطه غدا فمات البايع وعليه دين فالطعام للمشتري ويتبعه الغرماء فى الثمن وإن كان رخيصاً وكذلك قال الثورى وإسحاق : لأن المملك ثبت للمشتري فيه بالشراء وزال ملك البايع عنه فلم يشاركه غرماء البايع فيه كما لو قبضه .

الشرط الخامس : أن يكون المفلس حياً وباقى شرح ذلك فى آخر الباب إن شاء الله تعالى .

(فصل) ورجوع البايع فى المبيع فسخ البيع لا يحتاج إلى معرفة المبيع ولا القدرة على تسليمه ولا اشتباه المبيع بغيره فلو رجع فى المبيع الغائب بعد مضي مدة يتعير

فيها ثم وجده على حاله لم يتلف شيء منه صح رجوعه ، وإن رجع في العبد بعد إياقه أو الجمل بعد شروده أو الفرس العائر صح وصار ذلك له فإن قدر عليه أخذه وإن ذهب كان من ماله ، وإن تبين أنه كان تالفاً حين استرجاعه لم يصح استرجاعه . وكان له أن يضرب مع العنرماء في الموجود من ماله ، وإن رجع في المبيع واشتبه بعنيره فقال البائع : هذا هو المبيع وقال المفلس : بل هذا فالقول قول المفلس لانه منكر لاستحقاق ما ادعاه البائع والاصل معه .

« مسألة » قال ﴿ ومن وجب له حق بشاهد فلم يحلف لم يكن للعنرماء أن يحلفوا معه ويستحقوا ﴾

وجملة ذلك : أن المفلس في الدعوى كعنيره فاذا ادعى حقاً له به شاهد عدل وحلف مع شاهده ثبت المال وتعلقت به حقوق العنرماء ، وإن امتنع لم يجبر لانتنا لا نعلم صدق الشاهد ، ولو ثبت الحق بشهادته لم يحتج الى يمين معه فلا يجبر على الحلف على ما لا يعلم صدقه كعنيره فإن قال العنرماء نحن نحلف مع الشاهد لم يكن لهم ذلك ، وبهذا قال الشافعي في الجديد وقال في القديم يحلفون معه لأن حقوقهم تعلقت بالمال فكان لهم أن يحلفوا كالورثة يحلفون على مال موروثهم .

ولنا أنهم يثبتون ملكاً لعنيرهم لتتعلق حقوقهم به بعد ثبوته فلم يجز لهم ذلك كالمراة تحلف لإثبات ملك لزوجها لتعلق نفقتها به وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق ما بعد الموت فإن المال انتقل اليهم وهم يثبتون بأيمانهم ملكاً لأنفسهم .

« مسألة » قال ﴿ وإذا كان على المفلس دين مؤجل لم يحل بالتفليس وكذلك في الدين الذي على الميت إذا وثق الورثة ﴾

وجملته أن الدين المؤجل لا يحل بفلس من هو عليه رواية واحدة ، قاله القاضي وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى : أنه يحل وبه قال مالك وعن الشافعي كالْمُذْهَبَيْنِ واحتجوا بأن الإفلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الاجل كالموت . ولنا أن الاجل حق للفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ، ولانه لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه كالجنون والاعفاء . ولانه دين مؤجل على حي فلم يحل قبل أجله كعنير المفلس ولا نسلم أن الدين يحل بالموت فهو كسألتنا وإن

سلبنا فالفرق بينهما أن ذمته خربت وبطلت بخلاف المفلس ، إذا ثبت هذا : فإنه إذا حُجِر على المفلس فقال أصحابنا : لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالية بل يقسم المال الموجود بين أصحاب الديون الحالية ويبقى المؤجل في الذمة الى وقت حلوله ، فإن لم يقسم الغرماء حتى حل الدين شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجهائته ، وإن أدرك بعض المال قبل قسمه شاركهم فيه ويضرب فيه بجميع دينه ويضرب سائر الغرماء ببقية ديونهم : وإن قلنا : إن الدين يحل فإنه يضرب مع الغرماء بدينه كغيره من أرباب الديون الحالية ، فأما إن مات وعليه ديون مؤجلة فهل تحل بالموت فيه روايتان :

أحدهما : لا تحل إذا وثق الورثة ، وهو قول ابن سيرين وعبيد الله بن الحسن وإسحاق وأبي عبيد ، وقال طاوس وأبو بكر بن محمد والزهرى وسعيد بن إبراهيم الدين إلى أجله ، وحكى ذلك عن الحسن .

والرواية الأخرى : أنه يحل بالموت ، وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، لأنه لا يخلو إما أن يبقى في ذمة الميت أو الورثة أو يتعلق بالمال ، لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت لخراجه وتعدر مطالبته بها ولا ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموها ولا رضئ صاحب الدين بذمهم وهم مختلفون متباينة ؛ ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه ، أما الميت فلأن النبي (ص) قال « الميت مرتين بدينه حتى يقضى عنه » ، وأما صاحبه فيتأخر حقه وقد تنلف العين فيسقط حقه ؛ وأما الورثة فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها ، وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم .

ولنا ما ذكرنا في المفلس ولأن الموت ما جعل مبطلا للحقوق وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الورثة ، وقد قال النبي (ص) « من ترك حقا أو مالا فلورثته » ، وما ذكروه إثبات حكم بالمصلحة المرسله ولا يشهد لها شاهد الشرع باعتبار ولا خلاف في فساد هذا ، فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه ، فإن أحب الورثة أداء الدين والتزامه للغريم ويتصرفون في المال لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغريم

أو يؤثقوا الحق بضمين ملىء أو رهن يثق به لوفاء حقه فإنهم قد لا يكونوا أملياء ولم يرض بهم الغريم فيؤدى الى فوات الحق .

وذكر القاضى : أن الحق ينتقل الى ذم الورثة بموت مورثهم من غير أن يشترط التزامهم له ولا ينبغى أن يلزم الإنسان دين لم يلتزمه ولم يتعاط سببه ولو لزمهم ذلك لموت مورثهم لزمهم ، وإن لم يخلف وفاء ، وإن قلنا : إن الدين يحل بالموت فأوجب الورثة القضاء من غير التركة واستخلاص التركة فلهم ذلك ، وإن قضوا منها فلهم ذلك ، وإن امتنعوا من القضاء باع الحاكم من التركة ما يقضى به الدين ، وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال .

وقلنا : المؤجل يحل بالموت تساوا فى التركة فاقسموها على قدر ديونهم ، وإن قلنا لا يحل بالموت نظرنا فإن وثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة وإن امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لثلاثين فى إسقاط دينه بالكلية .

(فصل) حكى بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين هل يمنع الدين نقل التركة الى الورثة ؟ روايتين :

(إحداهما) لا يمنعه للخبر ، ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك فى حق الجانى والراهن والمفلس فلم يمنع نقله فإن تصرف الورثة فى التركة يبيع أو غيره صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين فإن تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم كما لو باع السيد عبده الجانى أو النصاب الذى وجبت فيه الزكاة .

(والرواية الثانية) يمنع نقل التركة اليهم لقول الله تعالى (٤ : ١١) من بعد وصية يوصى بها أو دين) فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية فلا يثبت لهم الملك قبلهما ، فعلى هذا : لو تصرف الورثة لم يصح تصرفهم لأنهم تصرفوا فى غير ملكهم الا أن يأذن الغرماء لهم وإن تصرف الغرماء لم يصح الا بإذن الورثة .

« مسألة » قال (وكل ما فعله المفلس فى ماله قبل أن يفقه الحاكم فإثره)

يعنى قبل أن يحجر عليه الحاكم فنبدأ بذكر سبب الحجر فنقول : إذا رفع الى الحاكم رجل عليه دين فسال غرماءه الحاكم الحجر عليه لم يحجر حتى تثبت ديونهم

باعترافه أو بينة ، فإذا ثبتت نظر في ماله فإن كان وافياً بدينه لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه فإن أبي حنبله لم يقضه وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من ماله وإن احتاج إلى بيع ماله في قضاء دينه باعه وإن كان ماله دون دينه وديونه مؤجله لم يحجر عليه لأنه لا تستحق مطالبته بها فلا يحجر عليه من أجلها ، وإن كان بعضها مؤجلاً وبعضها حالاً وماله يفي بالحال لم يحجر عليه أيضاً كذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعي : إن ظهرت أمارات الفلاس لتكون ماله بإزاء دينه ولا نفقة له إلا من ماله فقيه وجهان :

أحدهما : يحجر عليه ، لأن الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه فهو كما لو كان ماله ناقصاً ، ولنا أن ماله واف بما يلزمه أداؤه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلاس ، ولأن الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم في الحال فلا حاجة إلى الحجر ، وأما إن كانت ديونه حالة يعجز ماله عن أدائها مسأل غرامؤه الحجر عليه لزمته إيجابتهم ، ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غراممه لأنه لا ولاية له في ذلك وإنما يفعله لحق الغرماء فاعتبر رضاهم به : وإن اختلفوا فطلب بعضهم دون بعض أجيب من طلب لأنه حق له . وهذا قال مالك والشافعي

وقال أبو حنيفة : ليس للحاكم الحجر عليه فإذا أدى اجتهاده إلى الحجر عليه ثبت لأنه فصل يجتهد فيه ، وليس له التصرف في ماله لأنه لا ولاية عليه إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدينه فإن امتنع لم يبعه ، وكذلك إن امتنع الموسر من وفاء الدين لا يبيع ماله وإنما يحبس ليدفع بنفسه إلا أن يكون عليه أحد النقدين وماله من النقد الآخر فيدفع الدراهم عن الدينين والدنانير عن الدراهم ، لأنه رشيد لا ولاية عليه فلم يحجز للحاكم بيع ماله بغير إذنه كالذي لا دين عليه وخالفه أصحابه في ذلك .

ولنا ما روى كعب بن مالك « أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله في دينه » رواه الحلال بإسناده ، وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه خطب الناس وقال : ألا إن أسيف جبهة قد رضي من دينه وأمانته بأن يقال : سبق الحاج فأدان معرضاً فأصبح وقد رين به فن كان له عليه مال فليحضر غداً فانا بائعوا ماله وقاسموه بين غراممه . ولأنه محجور عليه محتاج إلى قضاء دينه لحاج ماله

بغير رضاه كالصغير والسفيه ولأنه نوع مال مجاز يبعه في قضاء دينه كالإثمان ،
وقياسهم يبطل بيع الدراهم بالدنانير ، إذا ثبت هذا : عدنا الى مسألة الكتاب
فنقول : ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو اقرار أو قضاء
بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ : وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي
ولا نعلم أحداً خالفهم ولأنه رشيد غير محجور عليه فنقد تصرفه كغيره ، ولأن
سبب المنع الحجر فلا يتقدم سببه ولأنه من أهل التصرف ولم يحجر عليه فأشبهه
الملى وإن أكرى جملاً بعيته أو داراً لم تنفسخ اجارته بالفلس وكان المكترى
أحق به حتى تنقضى مدته .

فصل

ومتى حجر عليه لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فإن تصرف يبيع أو هبة
أو وقف أو أصدق امرأة مالا له أو نحو ذلك لم يصح ، وبهذا قال مالك والشافعي
في قول ، وقال في آخر يقف تصرفه فإن كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء
فقد والا بطل .

ولنا : أنه محجور عليه بحكم حاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه ، ولأن حقوق
الغرماء تعلقت بأعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالمرهونة ، فأما ان تصرف في
ذمته فاشترى أو اقترض أو تكفل صح تصرفه ، لأنه أهل للتصرف ، وإنما وجد
في حقه الحجر ؛ والحجر إنما يتعلق بماله لا بذمته ولكن لا يشارك أصحاب هذه
الديون الغرماء لانهم رضوا بذلك اذ علموا أنه مفلس وعاملوه ومن لم يعلم فقد
فرط في ذلك فإن هذا في مظنة الشهرة ويتبع بها بعد فك الحجر عنه ، وإن أقر
بدين لزمه بعد فك الحجر عنه ، نص عليه أحمد ، وهو قول مالك ومحمد بن الحسن
والشوري والشافعي في قول ، وقال في الآخر يشاركون واختاره ابن المنذر ، لأنه
دين ثابت مضاف الى ما قبل الحجر فيشارك صاحبه الغرماء كما لو ثبت بينة .

ولنا أنه محجور عليه فلم يصح اقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه أو كالأراهن
يقر على الرهن ، ولأنه اقرار يبطل ثبوته حق غير المقر فلم يقبل أو اقرار على
الغرماء فلم يقبل كإقرار الأراهن ، ولأنه منهم في اقراره فهو كالأقرار على غيره ،

وفارق البيئته فإنه لا تهمة في حقها ، ولو كان المفلس سائماً كالقصار والحائك في يديه متاع فأقر به لأربابه لم يقبل إقراره ، والقول فيها كالتى قبلها وتباع العين التى فى يديه وتقسم بين الغرماء وتكون قيمتها واجبة على المفلس اذا قدر عليها ، لأنها صرفت فى دينه بسبب من جهته فكانت قيمتها عليه كالأذن فى ذلك ، وان توجهت على المفلس يمين فنكل عنها ففضى عليه لحكمه حكم إقراره يلزم فى حقه ولا يحاص الغرماء .

(فصل) وان أعتق المفلس بعض رقيقه فهل يصح ؟ على روايتين :
أحدهما . يصح وينفذ وهو قول أبى يوسف واستحق لأنه عتق من ماله
رشيد فنفذ كما قبل الحجر ويفارق سائر التصرفات لان للعتق تغليباً وسراية ولهذا
يسرى الى ملك الغير ويسرى واقفه بخلاف غيره .

والرواية الأخرى : لا ينفذ عتقه . وهذا قال مالك وابن أبى ليلى والثورى
والشافعى واختاره أبو الخطاب فى ردوس المسائل لأنه ممنوع من التبرع لحق
الغرماء فلم ينفذ عتقه كالمريض الذى يستغرق دينه ماله ، ولان المفلس محجور عليه
فلم ينفذ عتقه كالفقيه وفارق المطلق ، وأما سرايته الى ملك الغير فن سره أنه أن
يكون موسراً يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه فلا يتضرر ولو كان معسراً لم ينفذ
عتقه الا فيما يملك صيانة لحق الغير وحفظاً له عن الضياع كذا ههنا وهذا أصح
ان شاء الله تعالى .

(فصل) ويستحب اظهار الحجر عليه لتجنب معاملته كيلاً يستضر الناس
بضياع أموالهم عليه والاشهاد عليه لينتشر ذلك عنه وربما عزل الحاكم أو مات
فيثبت الحجر عند الآخر فيمضيه ولا يحتاج الى ابتداء حجر ثان .

(فصل)

وان ثبت عليه حق بينة شارك صاحبه الغرماء لانه دين ثابت قبل الحجر عليه
فأشبه ما لو قامت البيئته به قبل الحجر ولو جنى المفلس بعد الحجر جنابة أو جبت
مالاً شارك المجنى عليه الغرماء لأن حق المجنى عليه ثبت بغير اختياره ولو كانت
الجنابة موجبة للقصاص فعفا صاحبها عنها الى مال أو صالحه المفلس على مال شارك
الغرماء لان سببه ثبت بغير اختيار صاحبه فأشبه ما لو أوجبت المال .

فإن قيل : ألا قدمت حقه على الغرماء كما قدمت حق من جنى عليه بعض عبيد
المفلس ؟ قلنا : لأن الحق في العبد الجاني تعلق بعينه فقدم لذلك وحق هذا تعلق
بالذمة كغيره من الديون فاستويا

(فصل) ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر رجع على
الغرماء بقسطه ، وبهذا قال الشافعي وحكى ذلك عن مالك وحكى عنه لأصحابهم لأنه
نقض للحكم الحاكم ، ولنا أنه غريم لو كان حاضراً قاسمهم فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم
كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله . وليس قسم الحاكم ماله حكماً إنما هو قسمة بان
الخطأ فيها فأشبهه الملو قسم مال الميت بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر أو قسم أرضاً
بين شركاء ثم ظهر شريك آخر أو قسم الميراث بين ورثة ثم ظهر وارث سواه أو
وصية ثم ظهر موصى له آخر .

(فصل) ولو أفلس وله دار مستأجرة فأنهدمت بعد قبض المفلس الأجرة
انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة وسقط من الأجرة بقدر ذلك ، ثم إن وجد
عين ماله أخذ بقدر ذلك وإن لم يجده ضرب مع الغرماء بقدره ، وإن كان ذلك
بعد قسم ماله رجع على الغرماء بمحضته ، لأن سبب وجوبه قبل الحجر ولذلك
يشاركهم إذا وجب قبل القسمة ، ولو باع سلعة وقبض ثمنها ثم أفلس فوجد بها
المشتري عيباً فردها به أو ردها بخيار أو اختلاف في الثمن ونحوه ووجد عين ماله
أخذها ، لأن البيع لما انفسخ زال ملك المفلس عن الثمن كزوال ملك المشتري عن
المبيع ، وإن كان بعد تصرفه فيه شارك المشتري الغرماء

« مسألة » قال () وينفق على المفلس وعلى من تلزمه مؤنته بالمعروف من ماله
إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه ()

وجملة ذلك أنه إذا حجر على المفلس وكان ذا كسب ينفقته ونفقة من تلزمه
نفقته ، ونفقته في كسبه فإنه لا حاجة إلى إخراج ماله مع غناه بكسبه فلم يجوز أخذ
ماله كالزيادة على النفقة ، وإن كان كسبه دون نفقته كملئها من ماله ، وإن لم يكن
ذا كسب أنفق عليه من ماله مدة الحجر وإن طالت ، لأن ملكه باق . وقد قال
النبي صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ومعلوم أن فيمن يعوله من

تجب نفقته عليه ويكون دينا عليه وهي الزوجة . فإذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة فكذلك على حق الغرماء ، ولأن الحى أكد حرمة من الميت لأنه مضمون بالإتلاف وتقديم الميت ومؤنة دفنه على دينه ، متفق عليه ، فنفقته أولى ، وتقدم أيضا نفقة من تلزمه نفقته من أقاربه مثل الوالدين والمولودين وغيرهم من تجب نفقتهم لأنهم يجرون مجرى نفسه ، لأن ذوى رحمه منهم يعتقدون إذا ملكهم كما يعتقد إذا ملك نفسه ، فكانت نفقتهم كنفقته

وكذلك زوجته تقدم نفقتها لأن نفقتها أكد من نفقة الأقارب لأنها تجب من طريق المعاوضة وفيها معنى الأحياء كما في الأقارب .

ومن أوجب الإنفاق على المفلس وزوجته وأولاده الصغار من ماله أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم أحدا خالفهم ، وتجب كسوتهم أيضا لأن ذلك مما لا بد منه ولا تقوم النفس بدونه ، والواجب من النفقة والكسوة أدنى ما ينفق على مثله بالمعروف وأدنى ما يكتسى مثله إن كان من جنس الطعام أو متوسطه . وكذلك كسوته من جنس ما يكتسبه مثله وكسوة امرأته ونفقتها مثل ما يقترض على مثله وأقل ما يكفيه من اللباس قميص وسراويل وشيء يلبسه على رأسه . إما عمامة أو قلنسوة أو غيرها مما جرت به عادته ولرجله حذاء إن كان يعتاده ، وإن احتاج إلى جبة أو فروة ادفع البرد دفع إليه ذلك ، وإن كانت له ثياب لا يلبس مثله مثلها بيعت واشترى له كسوة مثلها ورد الفضل على الغرماء ، فإن كانت إذا بيعت واشترى له كسوة لا يفضل منها شيء تركت فإنه لا فائدة في بيعها

(فصل)

وإن مات المفلس كف من ماله لأن نفقته كانت واجبة من ماله في حال حياته فوجب تجهيزه منه بعد الموت كغيره ، وكذلك يجب كف من يمونه لأنهم بمنزلة ولا يلزم تكفين الزوجة ، لأن النفقة تجب في مقابلة الاستمتاع وقد فات بالموت فسقطت النفقة ، ويفارق الأقارب لأن قرابتهم باقية ، وإن مات من عبيده أحد وجب تكفينه وتجهيزه لأن نفقته ليست في مقابلة الانتفاخ به ، ولذلك تجب نفقة الصغير والمبيع قبل التسليم ، ويكفن في ثلاثة أثواب كما كان يلبس في حياته ثلاثة ويحتمل أن يكفن في ثوب واحد يستره ، لأن ذلك يكفيه فلا حاجة إلى الزيادة ،

وفارق حالة الحياة لانه لا بد له من تغطية رأسه وكشف ذلك يؤذيه بخلاف الميت ويمتد الاتفاق على المفلس الى حين فراغه من القسمة بين الغرماء لانه لا يرول ملكه الا بذلك . ومذهب الكشافى فى هذا الفصل قريب مما ذكرنا

« مسألة ، قال ولا تباع داره التى لا غنى له عن سكنائها)

وجملته أن المفلس اذا جبر عليه باع الحاكم ماله ويستحب أن يحضر المفلس البيع لمعان أربعة : أحدها ليحصى ثمنه ويضبطه . الثانى أنه أعرف بثمر متاعه وجيده ورديته فإذا حضر تكلم عليه وعرف الغبن من غيره . الثالث أن تكثر الرغبة فيه ، فإن شراه من صاحبه أحب الى المشتري : الرابع أن ذلك أطيب لنفسه وأسكن لقلبه ، ويستحب احضار الغرماء أيضا لامور أربعة . أحدها أنه يباع لهم . الثانى أنهم ربما رغبوا فى شراء شيء منه فزادوا فى ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفلس . الثالث أنه أطيب لقلوبهم وأبعد من التهمة . الرابع أنه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها ، فإن لم يفعل وباعه من غير حضورهم كلهم جاز ، لان ذلك موصول اليه ومفوض الى اجتهاده ، وربما أداه اجتهاده الى خلاف ذلك وبانت له المصلحة فى المبادرة الى البيع قبل احضارهم ، وبأمرهم الحاكم أن يقيموا منادياً ينادى لهم على المتاع ، فان تراضوا برجل ثقة أمضاه الحاكم ، وان اتفقوا على غير ثقة رده .

فإن قيل فلم يردده وأصحاب الحق قد اتفقوا عليه ، فأشبه ما لو اتفق الراهن والمرتهن على أن يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض ؟ قلنا لان للحاكم ههنا نظراً واجتهاداً ، فانه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به ، فلهذا نظر فيه بخلاف الرهن فانه لا نظر للحاكم فيه .

فإن اختار المفلس رجلاً واختار الغرماء آخر أقر الحاكم الثقة منهما ، فان كانا ثقتين قدم المتطوع منهما لانه أوفر ، فان كانا متطوعين ضم أحدهما الى الآخر ، وان كانا يجمل قدم أعرفهما وأوثقهما ، فان تساوى قدم من يرى منهما ، فان وجد متطوعاً بالبنداء والا لدفعت الاجرة من مال المفلس لان البيع حق عليه لكونه طريق وفاء دينه . وقبل يدفع من بيت المال لانه من المصالح ، وكذلك الحكم فى

أجر من يحفظ المتاع والثلث وأجر الحمالين ونحوهم ، ويستحب بيع كل شيء في سوقه
 البز في البرازين ، والكتب في سوقها ونحو ذلك لأنه أحوط وأكثر لطلبه
 ومعرفة قيمته فإن باع في غير سوقه بشئ مثله جاز لأن الغرض تحصيل الثمن وربما
 أدى الاجتهاد إلى أن ذلك أصح ولذلك لو قال يبيع ثوبى في سوق كذا بكذا فباعه
 بذلك في سوق آخر جاز ، ويبيع بنقد البلد لأنه أوفر ، قال كان في البلد نقود باع
 بها ، فإن تساوت باع بخمس الدين ، وإن زاد في السلعة زاد في مدة الخيار
 لزوم الأمين الفسخ ، لأنه أمكنه بيعه بشئ فلم يجوز بيعه بأونه ، كما لو زيد فيه قبل
 العقد ، وإن زاد بعد لزوم العقد استحجب للأمين سؤال المشتري الإقالة ، واستحب
 للبشترى الإجابة إلى ذلك لتعلقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه ، فيبدأ ببيع العبد
 الجاني فيدفع إلى المجنى عليه أقل الأمرين من ثمنه أو أرش جنسيته ، وما فضل منه
 رده إلى الغرماء ، ثم يبيع الرهن فيدفع إلى المرتين قدر دينه وما فضل من ثمنه رده إلى
 الغرماء ، وإن بقيت من دينه بقية ضرب بها مع الغرماء ثم يبيع ما يسرع إليه الفساد
 من الطعام الرطب لأن بقاءه يتلفه يبيعت ثم يبيع الحيوان لأنه معرض للتلف ويحتاج
 إلى مؤنة في بقاءه ، ثم يبيع السلع والأثاث فإنه يخاف عليه وتنااله الأيدي ثم العقار
 آخراً لأنه لا يخاف تلفه وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلبه ومدة باع شيئاً من ماله
 وكان الدين لواحد وحده دفعه إليه لأنه لا حاجة إلى تأخيره ، وإن كان له غرماء
 فأمكن قسمته عليهم قسم ولم يؤخر ، وإن لم يمكن قسمته أودع عند ثقة إلى أن
 يجتمع ويمكن قسمته فيقسم ، وإن احتاج في حفظه إلى غرامة دفع ذلك إلى من يحفظه ،
 إذا ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب فنقول : لا تباع داره التي لا غنى له عن
 سكنها . وهذا قال أبو حنيفة وإسحاق

وقال شريح ومالك والشافعي . تباع ويكترى له بدلها ، واختاره ابن المنذر
 لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثير دينه فقال
 لغرمائه «خذوا ما وجدتم» وهذا ما وجدوه ، ولأنه عين مال المفلس فوجب
 صرفه في دينه كسائر ماله .

ولنا أن هذا ما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه كشيابه وقوته والحديث
 قضية في عين ، ويحتمل أنه لم يكن له عقار ولا خادم ، ويحتمل أن النبي صلى الله

عليه وسلم قال « خذوا ما وجدتم ، بما تصدق به عليه . فإن المذكور قبل ذلك كذلك . روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تصدقوا عليه . فتصدقوا عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم : خذوا ما وجدتم ، أي بما تصدق به عليه . والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو محتاج إلى سكنائها ولا خادم وهو محتاج إلى خدمته ولأن الحديث مخصوص بثياب المفلس وقوته فنقيس عليه محل النزاع . وقياسهم من تنقض بذلك أيضاً وبأجر المسكن ، وسائر ماله يستغنى عنه بخلاف مسائلنا .

(فصل) وإن كان له داران يستغنى بسكنى إحداها بيعت الأخرى لأن به غنى عن سكنائها وإن كان مسكنه واسعاً لا يسكن مثله في مثله يبيع واشترى له مسكن مثله ورد الفضل على الغرماء كالثياب التي له إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها ولو كان المسكن والخادم الذين لا يستغنى عنهما عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأنائها ووجدتها أصحابها فلم يأخذها بالشرائط التي ذكرناها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ، ولأن حقه تعلق بالعين فكان أقون سبباً من المفلس ، ولأن الاعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ فلم يمنعه منه تعلق حاجة المشتري كما قبل القبض وكالبيع والخيار ، ولأن منعه من أخذ أعيان أموالهم يفتح باب الخيل بأن يحمي من لا مال له فيشتري في ذمته ثياباً يلبسها وداراً يسكنها وخادماً يخدمه وفرساً يركبها وطعاماً له ولعائلته ويمتنع على أربابها أخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغنى هو بها ، فعلى هذا يؤخذ ذلك ولا يترك له شيء منه لانه أعيان أموال الناس فكانوا أحق بها منه ، كما لو كانت في أيديهم أو أخذها منهم غصباً

(فصل)

ولو كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه مؤنته أو كان يقدر على أن يكسب ذلك بأن يؤجر نفسه أو يتوكل لإنسان أو يكتسب من المباحات ما يكفيه لم يترك له من ماله شيء ، وإن لم يقدر على شيء مما ذكرناه ترك له من ماله قدر ما يكفيه

قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى في رواية أبي داود : ويترك له قوت يتقوت به

وان كان له عيال ترك له قوام . وقال في رواية الميموني : يترك له قدر ما يقوم به معاشه ويبيع الباقي ، وهذا في حق الشيخ الكبير وذوي الهيئات الذين لا يتمكنهم التصرف بأبدانهم ، وينبغي أن يجعل ذلك بما لا يتعلق به حق بعضهم بعينه ، لان من تعلق حقه بالعين أقوى سببا من غيره

(فصل) واذا تلف شيء من مال المفلس تحت يد الامين أو بيع شيء من ماله وأودع ثمنه فتلّف عند المودع فهو من ضمان المفلس . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : العروض من ماله والدرهم والدنانير من مال الغرماء . وقال المنيرة . الدنانير من مال أصحاب الدنانير ، والدرهم من مال أصحاب الدرهم ولنا أنه من مال المفلس ونماؤه له ، فكان تلفه في ماله كالعروض

(ففصل) واذا اجتمع مال المفلس قسم بين غرمائه ، فإن كانت ديونهم من جنس الاثمان أخذوها ، وان كان فيهم من دينه من غير جنس الاثمان كالقرض بغير الاثمان فرضي أن يأخذ عوض حقه من الاثمان جاز ، وان امتنع وطلب جنس حقه ابتاع له بخصته من جنس دينه ، ولو أراد العزيم الاخذ من المال المجموع وقال المفلس لأوفيك الا من جنس دينك قدم قوله ، لان هذا على سبيل المعاوضة فلا يجوز الا بتراضيهما عليه ، وان كان فيهم من له دين من سلم لم يجوز أن يأخذ الا من جنس حقه ، وان تراضيا على دفع عوضه لان ما في الذمة من السلم لا يجوز أخذ البذل عنه لقوله (ص) « من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره »

(فصل) واذا فرق مال المفلس وبقيت عليه بنية وله صنعة فمل يجبره الحاكم على ايجار نفسه ليقضى دينه ؟ على روايتين

احدهما لا يجبره ، وهو قول مالك والشافعي ، لقول الله تعالى (٢ ، ٢٨٠) وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) ولما روى أبو سعيد « أن رجلا أصيب في ثمار ابتاعها وكثر دينه ، فقال النبي (ص) : تصدقوا عليه ، فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه ، فقال النبي (ص) : خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك » رواه مسلم ، ولأن هذا تكسب للدال فلم يجبره عليه ، كقبول الهبة والصدقة ، وكما لا تجبر المرأة على التزويج لتأخذ المهر

والثانية : يجبر على الكسب ، وهو قول عمر بن عبد العزيز وسوار والعنبري ، وإسحاق ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم « باع سرقاً في دينه ، وكان سرق رجلاً دخل المدينة ، وذكر أن وراءه مالا فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن وراءه مال فسماه سرقاً وباعه بخمسة أبعرة ، والحر لا يباع ، ثبت أنه باع منافعهُ ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة وثبوت الغنى بها فكذلك في وفاء الدين منها ، ولأن الاجارة عقد معاوضة فجاز إجباره عليها كبيع ماله في وفاء الدين منها ؛ ولأنها إجارة لما يملك إجارته فيجبر عليها في وفاء دينه ، كإجارة أم ولده ولأنه قادر على وفاء دينه فلو لم يملك ما يقدر على الوفاء منه .

فإن قيل : حديث سرق منسوخ بدليل أن الحر لا يباع والبيع وقع على رقبته بدليل أن في الحديث أن الغرماء قالوا لمشتريه : ما تصنع به ؟ قال أعتقه ، قالوا : لسا بأزهد منك في إعتاقه فأعتقوه .

قلنا : هذا إثبات النسخ بالاحتمال ولا يجوز ولم يثبت أن بيع الحر كان جائزاً في شريعتنا ، وحمل لفظ يبعه على بيع منافعهِ أسهل من حمله على بيع رقبته المحرم فإن حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه سأنسخ كثير في القرآن وفي كلام العرب كقوله وأشربوا في قلوبهم العجل (ولكن البر من آمن بالله) (واسأل القرية) وغير ذلك .

وكذلك قوله أعتقه ، أى من حق عليه ، وكذلك قال : فأعتقوه ، يعنى الغرماء وهم لا يملكون إلا الدين الذى عليه ، وأما قوله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) فيتوجه منع كونه داخلاً تحت عمومها ، فإن هذا في حكم الأغنياء في حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه ، وحديثهم قضية عين لا يثبت حكمها إلا في مثابها ، ولم يثبت أن لذلك الغريم كسباً يفضل عن قدر نفقته ، وأما قبول الهبة والصدقة ففيه منة ومعرة تأباهما قلوب ذوى المروءات بخلاف مسائلنا .

إذا ثبت هذا فلا يجبر على الكسب إلا من في كسبه فضلة عن نفقته ونفقة من يموئه على ما تقدم ذكره .

﴿ فصل ﴾

ولا يجبر على قبول هدية ولا صدقة ولا وصية ولا قرض ، ولا تجبر المرأة على التزويج ليأخذ مهرها لأن في ذلك ضرراً للحقوق المنة في الهدية والصدقة والوصية والعوض في القرض وملك الزوج للمرأة في النكاح ووجوب حقوقه عليها ، ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار بحاله ، ولا يجبر على ما فيه الخط من الرد والامضاء لأن الفلاس يمنع من إحداث عقد أما من إحتوائه وتنفيذ عقوده فلا : وان جنى على المفلس جنائية توجب المال ثبت المال ، وتعلقت حقوق الغرماء به ، ولا يصح منه العفو عنه ، وان ثانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القصاص والعفو ، ولا يجبر على العفو على مال ، لأن ذلك يفوت القصاص الذي يجب لمصلحته فإن اقتصر لم يجب للغرماء شيء ، وان عفا على مال ثبت وتعلقت حقوق الغرماء به ، وان عفا مطلقاً أنبنى على الروايتين ، في موجب العمد ان قلنا القصاص خاصة لم يثبت شيء وسقط القصاص .

وان قلنا : أحد أمرين ثبتت له الدية ، وتعلقت بها حقوق الغرماء ، وان عفا على غير مال فعلى الروايتين أيضاً ، فإن قلنا . القصاص عيناً لم يثبت شيء ، وان قلنا : أحد الأمرين ، ثبتت الدية ولم يصح اسقاطها ، لأن عفوه عن القصاص يثبت له الدية ، ولا يصح اسقاطها ، وان وهب هبة بشرط الثواب ثم أفلس فبذل له الثواب ، لزمه قبوله ولم يكن له اسقاطه : لأنه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب : فلزمه قبوله كائناً في البيع ، وليس له اسقاط شيء من ثمن مبيع أو أجرة في اجارة ولا قبضه رديئاً ولا قبض المسلم فيه دون صفاته الا بإذن غرمائه ، ومنهـب الشافعى في هذا الفصل كله كذهبنا .

(فصل) اذا فرق مال المفلس قبل ينفك عنه الحجر بذلك ، أو يحتاج الى فك الحجر عنه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يزول بقسمة ماله لأنه حجر عليه لأجله ، فإذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر ، فزال الحجر كزوال حجر المجنون ، لزوال جنونه .

والثاني : لا يزول الا بحكم الحاكم ، لأنه ثبت بحكمه ، فلا يزول الا بحكمه

كالمحجور عليه لسهه ، وقارق الجنون ، فإنه يثبت بنفسه فزال بزواله ، ولأن فراع ماله يحتاج الى معرفة وبحث ، فوقف ذلك على الحاكم بخلاف الجنون .

(فصل) ومتى ثبت إعساره عند الحاكم لم يكن لأحد مطالبته ولا ملازمته ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لغرمائه ملازمته من غير أن يمنعوه من الكسب فإذا رجع الى بيته فأذن لهم في الدخول دخلوا معه والامنعوه من الدخول لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لصاحب الحق اليد واللسان » .

ولنا أن من ليس لصاحب الحق مطالبته لم يكن له ملازمته كما لو كان دينه مؤجلاً وقول الله تعالى (فظرة الى ميسرة) ومن وجب انظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل ، والحديث فيه مقال قاله ابن المنذر ثم نحمله على الموسر بدليل ما ذكرنا فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لغرماء الذي أصيب في ثمار اتباعها فكثير دينه « خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك » رواه مسلم والترمذي وإن فك الحجر عنه لم يكن لأحد مطالبته ولا ملازمته حتى يملك مالا فإن جاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه فادعوا أن له مالا لم يلتفت الى قولهم حتى يثبتوا سببه فإن جاءوا بعد مدة فادعوا أن في يده مالا أو ادعوا ذلك عقيب فك الحجر ويبنوا سببه أحضره الحاكم وسأله ، فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه ، لأنه ما فك الحجر عنه حتى لم يبق له شيء .

وان أقر وقال هو لفلان وأنا وكيله أو مضاربه وكان المقر له حاضراً سأله الحاكم فإن صدقه فهو له ويستحلفه الحاكم ، لجواز أن يكونا توطأ على ذلك ليدفع المطالبة عن المفلس ، وإن قال ما هو لي عرفنا كذب المفلس فيصير كأنه قال المال لي ، فيجاد الحجر عليه ان طلب الغرماء ذلك .

وان أقر لغائب أقر في يديه حتى يحضر الغائب ثم يسأل كما حكمتنا في الحاضر ومتى أعيد الحجر عليه لديون تجددت عليه شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثاني ، الا أن الاولين يضربون ببقية ديونهم والآخرين يضربون بجميعها وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : لا يدخل غرماء الحجر الأول على هؤلاء الذين تجددت حقوقهم حتى يستوفوا ، الا أن تكون له فائدة من ميراث أو ينجى عليه جناية فيتخاص الغرماء فيه .

ولنا أنهم تساوا في ثبوت حقوقهم في ذمته فتساوا في الاستحقاق كالذين
 تثبت حقوقهم في حجر واحد وتساوهم في الميراث وأرث الجناية ولأن مكسبه
 مال له فتساوا فيه كال ميراث .

« مسألة ، قال (ومن وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حبس الى أن يأتي
 ببينة تشهد بعسرته) »

وجملته : أن من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم فإن
 كان في يده مال ظاهر أمره بالقضاء فإن ذكر أنه لغيره فقد ذكرنا حكمه في الفصل
 الذي قبل هذا وإن لم يجد له مالا ظاهراً فادعى الاعسار فصدقه غريمه لم يحبس
 ووجب انظاره ولم تجز ملازمته لقول الله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى
 ميسرة) ولقول النبي صلى الله عليه وسلم لغرماء الذي كثر دينه « خذوا ما وجدتم
 وليس لكم إلا ذلك » ولأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو لقضاء دينه .
 وعسرته ثابتة والقضاء متعذر ، فلا فائدة في الحبس ، وإن أذنبه غريمه فلا يخلو إما
 أن يكون عرف له مال أو لم يعرف ، فإن عرف له مال لكون الدين ثبت عن
 معاوضة كالقرض والبيع أو عرف له أصل مال سوى هذا ، فالقول قول غريمه
 مع يمينه ، فإذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد البينة باعساره .

قال ابن المنذر : أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاةهم ومن الحبس
 في الدين . منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله بن الحسن ،
 وروى عن شريح والشعبي وكان عمر بن عبد العزيز يقول : يقسم ماله بين الغرماء
 ولا يحبس ، وبه قال عبد الله بن جعفر والليث بن سعد .

ولنا أن الظاهر قول الغريم فكان القول قوله كسائر الدعاوى فإن شهدت
 البينة بتلف ماله قبلت شهادتهم سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن
 لأن التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم ، وإن طلب الغريم أحلافه على ذلك
 لم يجب إليه لأن ذلك تحصيل البينة وإن شهدت مع ذلك بالاعسار اكتفى
 بشهادتها وثبتت عسرته ، وإن لم تشهد بعسرته ، وإننا شهدت بالتلف ، لا غير
 وطلب الغريم يمينه على عسره وأنه ليس له مال آخر استحلف على ذلك لأنه غير

ما شهدت به البينة ، وإن لم تشهد بالتلف ، وإنما شهدت بالاعسار لم تقبل الشهادة إلا من ذي خبرة باطنة ومعرفة متقدمة لأن هذا من الأمور الباطنة لا يطلع عليه في الغالب إلا أهل الخبرة والمخالطة ، وهذا مذهب الشافعي ، وحكى عن مالك أنه قال : لا تسمع البينة على الاعسار لأنها شهادة على النفي فلم تسمع كالشهادة على أنه لا دين عليه .

ولنا ما روى قبيصة بن المخارق أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة : رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك : ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش — أو قال سداداً من عيش — ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوى الحجى من قومه : لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش أو قال : سداداً من عيش ، رواه مسلم وأبو داود .

وقولهم : إن الشهادة على النفي لا تقبل قلنا : لا ترد مطلقاً فإنه لو شهدت البينة أن هذا وارث الميت لا وارث له سواء قبلت ، ولا أن هذه وإن كانت تتضمن النفي فهي ثابتة حالة تظهر ويوقف عليها بالمشاهدة بخلاف ما إذا شهدت أنه لاحق له فإن هذا عما لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصل بها إلى معرفته به بخلاف مسألتنا ، وتسمع البينة في الحال ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة لا تسمع في الحال ويحبس شهراً ، وروى ثلاثة أشهر وروى أربعة أشهر حتى يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لظهره ، ولنا أن كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها في الحال كسائر البينات ، وما ذكروه لو كان صحيحاً لا غنى عن البينة ، فإن قال الغريم : أحلفوه لي مع يمينه أنه لا مال له لم يستحلف في ظاهر كلام أحمد ، لأنه قال في رواية إسحاق بن إبراهيم في رجل جاء بشهود على حق فقال الغريم استحلفوه ، لا يستحلف لأن ظاهر الحديث « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

قال القاضي : سواء شهدت البينة بتلف المال أو بالاعسار ، وهذا أحد قولي الشافعي لأنها بينة مقبولة فلم يستحلف معها كما لو شهدت بأن هذا عبده أو هذه داره . ويحتمل أن يستحلف

وهذا القول الثاني للشافعي لأنه يحتمل أن له مالا خفي على البينة ، ويصح عندي إلزامه اليمين على الإعسار فيما إذا شهدت البينة بتلف المال وسقوطها عنه فيما إذا شهدت بالإعسار لأنها إذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصل مال أو بمنزلة من أقر له غريمه بتلف ذلك المال وادعى أن له مالا سواء أو أنه استحدث مالا بعد تلفه ولو لم تقم البينة وأقر له غريمه بتلف ماله وادعى أن له مالا سواء لزمته اليمين ، فكذلك إذا قامت به البينة فإنها لا تزيد على الإقرار ، وإن كان الحق يثبت عليه في غير مقابلة مال أخذه كآرش جناية وقيمة متلف ومهر أو ضمان أو كفالة أو عوض خلع إن كان امرأة ، وإن لم يعرف له مال حلف أنه لا مال له وخلى سبيله ولم يحبس . وهذا قول الشافعي وابن المنذر ، فإن شهد البينة بإعساره قبلت ولم يستحلف معها لما تقدم ، وإن شهدت أنه كان له مال فتلف لم يستغن بذلك عن يمينه لما ذكرناه . وكذلك لو أقر له به غريمه ، وإنما اكتفينا بيمينه لأن الأصل عدم المال ، لما روى أن النبي (ص) قال لحبة وسواء ابني خلد بن سواء لا تبتسا من الرزق ما اهترت وموسكا ، فإن ابن آدم يخلق وليس له إلا قشراته ثم يرزقه الله تعالى ،

قال ابن المنذر : الحبس عقوبة ولا نعلم له ذنبا يعاقب به والأصل عدم ماله ، بخلاف المسألة الأولى ، فإن الأصل ثبوت ماله فيحبس حتى يعلم ذهابه ، والخرق لم يفرق بين الحالين لكنه يحمل كلامه على ما ذكرنا لقيام الدليل على الفرق

فصل

إذا امتنع المוסر من قضاء الدين فلغريمه ملازمته ومطالبة والإغلاظ له بالقول فيقول : يا ظالم يا متعدي ونحو ذلك ، لقول رسول الله (ص) « كَلِّ الواجد يحل عقوبته وعرضه ، فعقوبته حبسه وعرضه أى يحل القول في عرضه بالإغلاظ ، وقال النبي (ص) « مطل الغنى ظلم » وقال « إن لصاحب الحق مقالا »

« مسألة » قال (وإذا مات فتبين أنه كان مفلسا لم يكن لأحد من الغرماء أن يأخذ عين ماله)

هذا الشرط الخامس لاستحقاق استرجاع عين المال من المفلس وهو أن يكون

حياً فإن مات فالبايع أسوة الغرماء ، سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتبين فلسه . وبهذا قال مالك وإسحاق . وقال الشافعي له الفسخ واسترجاع العين ، لما روى ابن خلد الزرقى قاضي المدينة قال « أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس ، فقال أبو هريرة : هذا الذي قضى فيه رسول الله (ص) : أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجدته بعينه ، رواه أبو داود وابن ماجه ، واحتجوا بعموم قوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به » ، ولأن هذا العقد بلحقه الفسخ بالإقاله فجاز فسخه لتعذر العوض ، كما لو تعذر المسلم فيه ، ولأن الفللس سبب لاستحقاق الفسخ فجاز الفسخ به بعد الموت كالغيب .

ولنا ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة عن النبي (ص) في حديث الفللس « فإن مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء » رواه أبو داود . وروى أبو الثيان عن الزبيدي عن الزهري عن أبي سلة عن أبي هريرة قال : قال رسول الله (ص) « أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى من ثمنه شيئا أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء » رواه ابن ماجه ، ولأنه تعلق به حق غير المفللس والغرماء وهم الورثة ، فأشبهه المرهون ، وحديثهم مجهول الإسناد . قاله ابن المنذر . قال ابن عبد البر : يرويه أبو المعتمر عن الزرقى ، وأبو المعتمر غير معروف بحمل العلم ، ثم هو غير معمول به إجماعا ، فإنه جعل المتاع لصاحبه بمجرد مبيع المشتري من غير شرط فلسه ولا تعذر وفائه ولا عدم قبض ثمنه ؛ والامر بخلاف ذلك عند جميع العلماء إلا ما حكى عن الاصطخري من أصحاب الشافعي أنه قال : لصاحب السلعة أن يرجع فيها إذا مات المشتري وإن خلف وفاء . وهذا شذوذ عن أقوال أهل العلم وخلاف للسنة لا يرجع على مثله . وأما الحديث الآخر فنقول به ، وأن صاحب المتاع أحق به إذا وجدته عند المفللس . وما وجدته في مسألتنا عنده ، إنما وجدته عند ورثته فلا يتناوله الخبر ، وإنما يدل بمفهومه على أنه لا يستحق الرجوع فيه ، ثم هو مطلق وحديثنا يقيده وفيه زيادة ، والزيادة من الثقة مقبولة ، وتفقار حالة الحياة حال الموت لأمرين :

أحدهما : ان المالك في الحياة للفلس وههنا لغيره
والثاني : ان ذمة المفلس خربت ههنا خراباً لا يعود ، فاختصاص هذا بالعين
يستتضر به الغرماء كثيراً بخلاف حالة الحياة

د مسألة ، قال (ومن أراد سفرأ وعليه حق يستحق قبل مدة سفره فلصاحب
الحق منعه)

وجملة ذلك أن من عليه الدين إذا أراد السفر وأراد غريمه منعه نظرنا ، فإن كان
محل الدين قبل محل قدومه من السفر ، مثل أن يكون سفره إلى الحج لا يقدم إلا
في صفر ودينه محل في المحرم أو ذى الحجة فله منعه من السفر ، لأن عليه ضرراً
في تأخير حقه عن محله ، فإن أقام ضميناً مليناً أو دفع رهناً بقي بالدين عند المحل فله
السفر ، لأن الضرر يزول بذلك .

وأما إن كان الدين لا يحل إلا بعد محل السفر ، مثل أن يكون محله في ربيع
وقدومه في صفر ، نظرنا فإن كان سفره إلى الجهاد فله منعه إلا بضمين أو رهن ،
لأنه سفر يتعرض فيه للشهادة وذهاب النفس فلا يأمن فوات الحق ، وإن كان
السفر لغير الجهاد فظاهر كلام المخرقي أنه ليس له منعه ، وهو أحد الروايتين عن
أحمد ، لأن هذا السفر ليس بأمانة على منع الحق في محله فلم يملك منعه منه كالسفر
القصير وكالسمي إلى الجمعة .

وقال الشافعي : ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل إذا كان الدين
مؤجلاً بحال ، سواء كان الدين يحل قبل محل سفره أو بعده أو إلى الجهاد أو إلى غيره
لأنه لا يملك المطالبة بالدين فلم يملك منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل كالسفر
الآمن القصير .

ولنا أنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله فملك منعه منه إن لم يوثقه بكفيل أو
رهن كالسفر بعد حلول الحق ، ولأنه لا يملك تأخير الدين عن محله ، وفي السفر
المختلف فيه تأخيره عن محله فلم يملكه كجحد

كتاب الحجر

الحجر في اللغة المنع والتضييق ؛ ومنه سمي الحرام حجراً . قال الله تعالى (٢٥ . ٢٢) ويقولون حجراً محجوراً) أى حراماً محرماً ، ويسمى العقل حجراً ، قال الله تعالى (٨٩ : ٥ هل في ذلك قسم لذي حجر) أى عقل ، سمي حجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقيح وتضر عاقبته ، وهو في الشريعة منع الإنسان من التصرف في ماله ، والحجر على ضربين . حجر على الإنسان لحق نفسه ، وحجر عليه لحق غيره ؛ فالحجر عليه لحق غيره كالحجر على المفلس لحق غرمائه ، وعلى المريض في التبرع بزيادة على الثلث ، أو التبرع بشيء لو ارث لحق ورثته ، وعلى المكاتب والعبد لحق سيدهما والراهن يحجر عليه في الرهن لحق المرتهن ، ولهؤلاء أبواب يذكر فيها .

وأما المحجور عليه لحق نفسه فثلاثة : الصبي والمجنون والسفيه . وهذا الباب مختص بهؤلاء الثلاثة ، والحجر عليهم حجر عام لأنهم يمنعون التصرف في أموالهم وذمهم ، والأصل في الحجر عليهم قول الله تعالى (٤ ، ٥) ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً) والآية التي بعدها

قال سعيد بن جبير وعكرمة . هو مال اليتيم عندك لا تؤته إياه وأنفق عليه ، وإنما أضاف الأموال إلى الأولياء وهي لغيرهم لأنهم قوامها ومدبروها ، وقوله تعالى (وابتلوا النياح) يعني اختبروهم في حفظهم لأموالهم (حتى إذا بلغوا النكاح) أى مبلغ الرجال والنساء (فإن آنستم منهم رشداً) أى أبصرتهم وعلمت منهم حفظاً لأموالهم وصلاًحاً في تدبير معاشهم

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (ومن أنس منه رشد دفع إليه ماله إذا كان قد بلنح)

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

أحدها في وجوب دفع المال إلى المحجور عليه إذا رشد وبلنح ، وليس فيه اختلاف بحمد الله تعالى . قال ابن المنذر . اتفقوا على ذلك ، وقد أمر الله تعالى به

في نص كتابه بقوله سبحانه ٤ : ٦ وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ولأن الحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظاً لما له عليه ، وبهذين المعنيين يقدر على التصرف ويحفظ ماله فيزول الحجر لزوال سببه ، ولا يعتبر في زوال الحجر عن المجنون اذا عقل حكم حاكم بغير خلاف ، ولا يعتبر ذلك في الصبي اذا رشد وبلغ وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : لا يزول الا بحاكم ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه موضع اجتهاد ونظر ، فإنه يحتاج في معرفة البلوغ والرشد الى اجتهاد فيوقف ذلك على حكم الحاكم كزوال الحجر عن السفه

ولنا أن الله تعالى أمر بدفع أموالهم اليهم عند البلوغ وائتاس الرشد ، فاشتراط حكم الحاكم زيادة تمنع الدفع عند وجوب ذلك بدون حكم الحاكم . وهذا خلاف النص ، ولأنه حجر بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه ، كما الحجر على المجنون وبهذا فارق السفه .

وقد ذكر أبو الخطاب أن الحجر على السفه يزول بزوال السفه : والاولى أولى فصار الحجر منقسماً الى ثلاثة أقسام : قسم يزول بغير حكم حاكم ، وهو حجر المجنون . وقسم لا يزول الا بحاكم وهو حجر السفه ، وقسم فيه الخلاف وهو حجر الصبي .

الفصل الثاني : أنه لا يدفع اليه ماله قبل وجود الامرين : البلوغ والرشد ولو صار شيخاً . وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : أكثر علماء الامصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيراً كان أو كبيراً . وهذا قول القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق . وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد . وروى الجوزجاني في كتابه قال . كان القاسم بن محمد يلى أمر شيخ من قرش ذى أهل ومال فلا يجوز له أمر في ماله دونه اضعف عقله . قال ابن اسحاق : رأيته شيخاً يخضب وقد جاء الى القاسم بن محمد فقال : يا أبا محمد ادفع الى مالى فإنه لا يولى على مثلى ، فقال انك فاسد ، فقال امرأته طالق البتة وكل مملوك له حر ان لم تدفع الى مالى ، فقال له القاسم بن محمد : وما يحل لنا أن ندفع اليك مالك على حالك هذه ، فبعث الى امرأته وقال : هي حرة مسلمة وما كنت

لأحبسها عليك وقد فُهِت بطلاقها فأرسل إليها فأخبرها ذلك وقال : أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة فحُبِسَ رقيقه ، قال ابن إسحاق : ما كان يعاب على رجل إلا سفهه ، وقال أبو حنيفة لا يدفع ماله إليه قبل خمس وعشرين سنة وإن تصرف نفذ تصرفه فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة فك عنه الحجر ودفع إليه ماله لقول الله تعالى (٦ : ١٥٢) ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده) وهذا قد بلغ أشده ويصلح أن يكون جداً ، ولأنه حر بالغ عاقل مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد :

ولنا قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) علق الدفع على شرطين ، والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما ، وقال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) يعني أموالهم ، وقول الله تعالى (٢ : ٢٨٢) فإن كان الذي عليه الحق سفياً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل) فأثبت الولاية على السفه ، ولأنه مبذر لماله فلا يجوز دفعه إليه كمن له دون ذلك ، وأما الآية التي احتج بها ، فإنما تدل بدليل خطأها ، وهو لا يقول به ، ثم هي مخصصة فيما قبل خمس وعشرين سنة بالإجماع لعل السفه ، وهو موجود بعد خمس وعشرين فيجب أن يخص به أيضاً ، كما أنها لما خصصت في حق المجنون لأجل جنونه قبل خمس وعشرين خصت أيضاً بعد خمس وعشرين وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدلل به من المفهوم المخصص وما ذكرناه من كونه جداً ليس تحته معنى يقتضي الحكم ، ولا له أصل يشهد له في الشرع ، فهو إثبات للحكم بالتحكم ، ثم هو متصور فيمن له دون هذا السن ، فإن المرأة تكون جدة لإحدى وعشرين سنة وقيامهم منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة ، وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين يوجبها بعدها ، إذا ثبت هذا فإنه لا يصح تصرفه ولا إقراره ، وقال أبو حنيفة . يصح بيعه وإقراره وإنما لا يسلم إليه ماله ، لأن البالغ عنده لا يحجر عليه ، وإنما منع تسليم ماله إليه للأكية ، وقال أصحابنا في إقراره : يلزمه بعد فك الحجر عنه إذا كان بالغاً .

ولنا أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رشده ، فلا يصح تصرفه وإقراره كالصبي والمجنون ، ولأنه إذا نفذ تصرفه وإقراره تلف ماله ، ولم يفد منه ماله شيئاً

ولأن تصرفه لو كان نافذاً سلم إليه ماله كالرشيد فإنه إنما يمنع ماله حفظاً له ، فإذا لم ينحفظ بالمنع وجب تسليمه إليه بحكم الأصل .

(الفصل الثالث في البلوغ) ويحصل في حق الغلام والجارية بأحد ثلاثة أشياء وفي حق الجارية بشيئين يختصان بها ، أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والأنثى : فأولها خروج المني من قبله ، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد ، فكيفما خرج في يقظة أو منام بجماع أو احتلام أو غير ذلك حصل به البلوغ ، لا نعلم في إ ذلك اختلافاً ، لقول الله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكلم فليستأذنوا) وقوله (والذين لم يبلغوا الحلم منكم) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم » وقوله عليه السلام لمعاذ « خذ من كل حالم ديناراً » رواهما أبو داود .

قال ابن المنذر : وأجمعوا على أن الفرائض والاحكام تجب على المحتلم العاقل ، وعلى المرأة بظهور الحيض منها ، وأما الإنبات فهو أن ينبت الشعر الحشن حول ذكر الرجل ، أو فرج المرأة ، الذي استحق أخذه بالموسى ، وأما الزغب الضعيف فلا اعتبار به فإنه يثبت في حق الصغير ، وهذا قال مالك والشافعي في قول ، وقال في الآخر : هو بلوغ في حق المشركين ، وهل هو بلوغ في حق المسلمين ؟ فيه قولان ، وقال أبو حنيفة : لا اعتبار به لأنه نبات شعر ، فأشبهه نبات شعر سائر البدن .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة « حكم بأن تقتل مقاتلتهم وتسبي ذراريهم » وأمر أن يكشف عن مؤثرهم فمن أنبت فهو من المقاتلة ، ومن لم ينبت ألحقوه بالذرية ، وقال عطية القرظي « عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فشكوا في » ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن ينظر إلى « هل أنبت بعد ؟ فنظروا إلى فلم يجدوني أنبت بعد فألحقوني بالذرية » متفق على معناه ، وكتب عمر رضي الله عنه إلى عامله « أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي » وروى محمد بن يحيى بن حبان « أن غلاماً من الأنصار شبب بامرأة في شعره ، فرفع إلى عمر فلم يجده أنبت فقال : لو أنبت الشعر لحددتك »

ولأنه خارج يلزمه البلوغ غالباً ، ويستوى فيه الذكر والانس ، فكان علماً على البلوغ كالاختلام ، ولأن الخارج ضربان : متصل ومنفصل فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كذلك المتصل ، وما كان بلوغاً في حق المشركين ، كان بلوغاً في حق المسلمين كالاختلام والسن ، وأما السن ، فإن البلوغ به في الغلام والجارية بخمس عشرة سنة ، وبهذا قال الأوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال داود : لا حد للبلوغ من السن لقوله عليه السلام « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتمل ، وإثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر ، وهذا قول مالك ، وقال أصحابه . سبع عشرة أو ثمان عشرة ، وروى عن أبي حنيفة في الغلام روايتان :

إحدهما : سبع عشرة . والثانية : ثمان عشرة ، والجارية سبع عشرة بكل حال لأن الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق ، ولا توقيف في هذا ، ولا اتفاق . ولما أن ابن عمر قال « عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في القتال ، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني ، متفق عليه ، وفي لفظ « عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني ، فأخبر بهذا عمر عبد العزيز فكتب الى عماله « أن لا تفرضوا الا لمن بلغ خمس عشرة ، رواه الشافعي في مسنده ورواه الترمذي ، وقال حديث حسن صحيح .

وروى عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه وأخذت منه الحدود » ولأن السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الغلام والجارية ، فاستويا فيه كالانزال ، وما ذكره أصحاب أبي حنيفة . فقها رويناه جواب عنه ، وما احتج به داود لا يمنع إثبات البلوغ بغير الاختلام اذا ثبت بالدليل ، ولهذا كان اثبات الشعر علماً عليه ، وأما الحيض فهو علم على البلوغ لا نعلم فيه خلافاً ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بنحو » رواه الترمذي وقال حديث حسن .

وأما الحمل فهو علم على البلوغ . لأن الله تعالى أجرى العادة أن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل وماء المرأة . قال الله تعالى (٨٦ ، ٥ ، ٧) فلينظر الإنسان مم خلق .

خلق من ماء دافق^(١) يخرج^(٢) من بين الصلب والترائب) وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك في الأحاديث فحتى حملت حكم يلوغها في الوقت الذي حملت فيه .

(فصل) وإذا وجد خروج المنى من ذكر الخنثى المشكل فهو علم على بلوغه وكونه رجلا ، وإن خرج من فرجه أو حاض فهو علم على بلوغه وكونه امرأة ، وقال القاضي : ليس واحدهما علما على البلوغ ، فإن اجتماعا فقد بلغ ، وهذا مذهب الشافعي لجواز أن يكون الفرج الذي خرج منه ذلك خلقة زائدة .

ولنا أن خروج البول من أحد الفرجين دليل على كونه رجلا أو امرأة فخرج المنى والحيض أولى ، وإذا ثبت كونه رجلا خرج المنى من ذكره أو امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ ، ولأن خروج منى الرجل من المرأة ، والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعيين ، فإذا ثبت التعيين ، لزم كونه دليلا على البلوغ ، كما لو تعين قبل خروجه ، ولأنه منى خارج من ذكر : أو حيض خارج من فرج فكان علما على البلوغ كالمنى الخارج من الغلام ، والحيض الخارج من الجارية ، ولأنهم سلبوا أن خروجها معا دليل على البلوغ ، فخرج أحدهما منفردا أولى ، لأن خروجهما معا يقتضى تعارضهما ، واسقاط دلالتهما ، إذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومنى رجل فيلزم أن يكون أحدهما فضلة خارجه من غير محلها ، وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر ، فتبطل دلالتهما كالبينتين إذا تعارضتا ، وكالبول إذا خرج من المخرجين جميعا بخلاف ما إذا وجد أحدهما منفردا فإن الله تعالى أجرى العادة بأن الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها ، ومنى الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه فإذا وجد ذلك من غير معارض

(١) المشهور أن الضمير في « يخرج » الباء الدافق ، وأن المراد صلب الرجل وترائب المرأة وفيه اشكال للأطباء وأحيب عنه بأجوبة ، منها قول شيخنا : انها كناية عن اجتماع الرجل والمرأة الاجتماع الخاص الذي يكون سببا لخروجه من بينهما ووقوعه في الرحم ولو قيل . ان الضمير للإنسان ، وما بين الصلب والترائب بطن الأم لزال الاشكال من أصله .

وجب، أن يثبت حكمه ويقضى بثبوت دلالة، كالحكم بكونه رجلا بخروج البول من ذكره وبكونه امرأة بخروجه من فرجها، والحكم للثلام بالبلوغ بخروج المني من ذكره، وللجارية بخروج الحيض من فرجها، فعلى هذا أن خرجا معا لم يثبت كونه رجلا ولا امرأة لأن الدليلين تعارضا فأشبه ما لو خرج البول من الفرجين وهل يثبت البلوغ بذلك؟ فيه وجهان :

أحدهما : يثبت ، وهو اختيار القاضي ومذهب الشافعي . لأنه إن كان رجلا فقد خرج المني من ذكره ، وإن كان امرأة فقد حاضت .

والثاني : لا يثبت ، لأنه يجوز أن لا يكون هذا حيضا ولا منيا ، فلا يكون فيه دلالة ، وقد دل تعارضهما على ذلك ، فانتفت دلاتهما على البلوغ ، كاتقاء دلاتهما على الذكورية والأنوثة ، والله أعلم .

• مسألة ، قال (وكذلك الجارية وإن لم تنكح)

يعنى أن الجارية إذا بلغت وأونس رشدها بعد بلوغها دفع إليها مالها وزال الحجر عنها ، وإن لم تتزوج ، وبهذا قال عطاء والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر : ونقل أبو طالب عن أحمد : لا يدفع إلى الجارية مالها بعد بلوغها حتى تتزوج وتلد ، أو يمضى عليها سنة في بيت الزوج ، روى ذلك عن عمر وبه قال شريح والشعبي وإسحاق ، لما روى عن شريح أنه قال وعهد إلى عمر ابن الخطاب رضى الله عنه أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولاً أو تلد ولداً ، رواه سعيد في سننه ، ولا يعرف له مخالف فصار إجماعاً ، وقال مالك : لا يدفع إليها مالها حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها ، لأن كل حالة جاز للأب تزويجها من غير إذنهما لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة .

ولنا عموم قوله تعالى (وابتلوا النكاح حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) ولأنها يتيم بلغ وأونس منه الرشيد فيدفع إليه ماله كالرجل ، ولأنها بالغة رشيدة ، فجاز لها التصرف في مالها كالتي دخل بها الزوج ، وحديث عمر أن صح فلم يعلم انتشاره في الصحابة ولا يترك به الكتاب والقياس ؛ على أن حديث عمر محص بمنع العطية فلا يلزم منه المنع من تسليم

مالها إليها ومنعها من سائر التصرفات ومالك لم يعمل به وإنما اعتمد على اجبار الأب لها على النكاح ، ولنا أن نمنع ذلك وإن سلّمناه فإنما أجبرها على النكاح لأن اختبارها للنكاح ومصلحه لا يعلم إلا بمباشرة ، والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح ، وعلى هذه الرواية إذا لم تزوج أصلاً احتمل أن يدوم الحجر عليها عملاً بعموم حديث عمر ولأنه لم يوجد شرط دفع مالها إليها فلم يجوز دفعه إليها كالمال لم ترشد ، وقال القاضي : عندي أنه يدفع إليها مالها إذا عنست وبرزت للرجال يعني كبرت .

(فصل وظاهر كلام الحرق : أن للبرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة ، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر : وعن أحمد رواية أخرى : ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض الا بإذن زوجها ، وبه قال مالك .

وحكى عنه في امرأة حلفت أن تعتق جارية لها ليس لها غيرها فحنثت ولها زوج فرد ذلك عليها زوجها قال : له أن يرد عليها وليس لها اعتق لما روى « أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي بجلى لها فقال لها النبي (ص) . لا يجوز للبرأة عطية حتى يأذن زوجها ، فهل استأذنت كعباً ؟ فقالت نعم ، فبعث رسول الله (ص) الى كعب فقال هل أذنت لها أن تتصدق بجليها ؟ قال نعم ، فقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، رواه ابن ماجه .

وروى أيضاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبة خطبها « لا يجوز لإمرأة عطية في مالها الا بإذن زوجها إذا هو مالك عصمتها ، رواه أبو داود ولفظه عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله (ص) قال « لا يجوز لإمرأة عطية إلا بإذن زوجها ، ولأن حق الزوج متعلق بمالها ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تنكح المرأة لما لها وجمالها ودينها ، والعادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها ويتبسط فيه وينتفع به ، فإذا أعسر بالنفقة أنظرته ، لجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض .

ولنا قوله تعالى (فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) وهو ظاهر في فك الحجر عنهم وإطلاقهم في التصرف ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم

قال « يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن ، وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ولم يستفصل وأتته زينب امرأة عبد الله وإمرأة أخرى اسمها زينب فسأله عن الصدقة هل يجوزهن أن تصدقن على أزواجهن وأيتام لهن ؟ فقال « نعم » ولم يذكر لهن هذا الشرط ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير إذن كالغلام ، ولأن المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعه كأختها وحديثهم ضعيف وشعيب لم يدرك عبد الله بن عمرو فهو مرسل وعلى أنه محمول على أنه لا يجوز عطيتها لماله بغير إذنه بدليل أنه يجوز عطيتها مادون الثلث من مالها وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث فالتحديد بذلك تحكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل وقباسم على المريض غير صحيح لوجوه :

أحدها : أن المرض سبب يفضي إلى وصول المال إليهم بالميراث والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردهما كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا لساير الوراث بدون المرض .

الثاني : أن تبرع المريض موقوف فإن برىء من مرضه صح تبرعه وههنا أبطلوه على كل حال والفرع لا يزيد على أصله .

الثالث : أن ما ذكره منتقض بالمرأة فإنها تنفق بمال زوجها وتنسبط فيه عادة ولها النفقة منه وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بمالها وليس لها الحجر عليه وعلى أن هذا المعنى ليس بموجود في الأصل ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الأصل والفرع جميعاً .

فصل

وهل يجوز للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشئ اليسير بغير إذنه ؟ على روايتين أحدهما : الجواز . لأن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما أنفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها أجرها وله مثله بما كسب ولها بما أنفقت وللخازن مثل ذلك من غير أن ينتقص من أجورهم شيء » ، ولم يذكر إذناً ، وعن أسماء أنها جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ليس لي

شيء إلا ما أدخل على الزبير فهل على جناح أن أرضخ بما رُحل على فقال « أرضخي ما استطعت ولا توعى فيوعى عليك » متفق عليهما ، وروى أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إنا كلنا على أزواجنا وآبائنا فما يحل لنا من أموالهم ؟ قال « الرطب تأكلينه وتهدينه » ولأن العادة السماح بذلك وطيب النفس فجرى مجرى صريح الاذن كما أن تقديم الطعام بين يدي الأكلة قام مقام صريح الاذن في أكله .

والرواية الثانية : لا يجوز لما روى أبو أمامة الباهلي قال : سمعت رسول الله (ص) يقول « لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها الا بإذن زوجها » قيل : يا رسول الله ولا الطعام ؟ قال : ذاك أفضل أموالنا » رواه سعيد في سننه .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه » وقال « ان الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » وأنه تبرع بماله غيره بغير إذنه فلم يجوز كغير الزوجة ، والأول أصح ، لأن الأحاديث فيها خاصة صحيحة والخاص يقدم على العام ويدينه ويعرف أن المراد بالعام غير هذه الصورة المخصوصة والحديث الخاص لهذه الرواية ضعيف ولا يصح قياس المرأة على غيرها لأنها بحكم العادة تنصرف في مال زوجها وتنسب فيه وتتصدق منه لحضورها وغيبته والاذن العرفي يقوم مقام الاذن الحقيقي ، فصار كأنه قال لها افعل هذا ، فإن منعها ذلك وقال لا تتصدق بشيء ولا تبرعي من مالي بقليل ولا كثير لم يجوز لها ذلك ، لأن المنع الصريح نهي للاذن العرفي ولو كان في بيت الرجل من يقوم مقام امرأته كجاريته أو أخته أو غلامه المتصرف في بيت سيده وطعامه جرى مجرى الزوجة فيما ذكرنا لوجود المعنى فيه ، ولو كانت امرأته ممنوعة من التصرف في بيت زوجها كالتى يطعمها بالفرض ولا يمكنها من طعامه ولا من التصرف في شيء من ماله لم يجوز لها الصدقة بشيء من ماله لعدم المعنى فيها ، والله أعلم .

« مسألة ، قال (والرشد الصلاح في المال)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم : مالك وأبو حنيفة ، وقال الحسن والشافعي

وابن المنذر : الرشيد صلاحه في دينه وماله لأن الفاسق غير رشيد ، ولأن إفساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره وإن لم يعرف منه كذب ولا تبذير .

ولنا : قول الله تعالى (فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) قال ابن عباس : يعني صلاحاً في أموالهم ، وقال مجاهد : إذا كان عاقلاً ولأن هذا إثمات في نكرة ومن كان مصلحاً لماله فقد وجد منه رشد ، ولأن العدالة لا تعتبر في الرشد في الدوام فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا ، ولأن هذا مصلح لماله فأشبه العدل ، يحققه أن الحجر عليه إنما كان لحفظ ماله عليه فالمؤثر فيه ما أثر في تضییع المال أو حفظه .

وقولهم إن الفاسق غير رشيد قلنا : هو غير رشيد في دينه أما في ماله وحفظه فهو رشيد . ثم هو منتقض بالكافر فإنه غير رشيد ولم يحجر عليه من أجله ولو كانت العدالة شرطاً في الرشد لزال بزوالها كحفظ المال ولا يلزم من منع قبول القول منع دفع ماله إليه فإن من يعرف بكثرة الغلط والغفلة والنسيان أو من يأكل في السوق ويدرجه في مجامع الناس وأشباههم لا تقبل شهادتهم وتدفع إليهم أموالهم .

إذا ثبت هذا : فإن الفاسق إن كان ينفق ماله في المعاصي كشراء الخمر وآلات اللهو أو يتوصل به إلى الفساد فهو غير رشيد لتبذيره لماله وتضييعه إياه في غير فائدة ، وإن كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة وإضاعة الصلاة مع حفظه لماله دفع ماله إليه ، لأن المقصود بالحجر حفظ المال وماله محفوظ بدون الحجر فلا حاجة إليه ولذلك لو طرأ الفسق بعد دفع ماله إليه ، لم يزرع منه .

(فصل)

وانما يعرف رشده باختباره لقول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) يعني اختبروهم كقوله تعالى (ليلوكم أيكم أحسن عملاً ؟) أي يختبركم واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله فإن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء فإذا تكررت منه فلم يغبن ولم يضيع مافي يديه فهو رشيد وإن كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يصاب أمثالهم عن الأسواق

دفعت إليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه فإن كان قبيهاً بذلك يصرفها في مواقعها ويستوفي على وكيله ويستقصي عليه فهو رشيد، والمرأة يفاوض إليها ما يفوض إلى ربة البيت من استئجار الغزالات وتوكيلها في شراء السككيات وأشياء ذلك، فإن وجدت ضابطة لما في دينها مستوفية من وكيلها فهي رشيدة، ووقت الاختبار قبل البلوغ في إحدى الروايتين، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، لأن الله تعالى قال (وابتلوا النكاح حتى إذا بلغوا النكاح، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) فظاهر الآية أن ابتلاهم قبل البلوغ لوجهين : أحدهما : أنه مما هم يتأمن : وإنما يكونون يتأمن قبل البلوغ .

والثاني : أنه مد اختبارهم إلى البلوغ بلفظة حتى ، فدل على أن الاختبار قبله ولأن تأخير الاختبار إلى البلوغ مؤد إلى الحجر على البالغ الرشيد ، لأن الحجر يمتد إلى أن يختبر ويعلم رشده ، واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك فكان أولى لئلا يختبر إلا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة من المفسدة ، ومتى أذن له ولديه فنصرف صح تصرفه على ما ذكرنا فيما مضى ، وقد أوما أحد في موضع إلى أن اختباره بعد البلوغ لأن تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يجد فيه مظنة العقل ، وقد اختلف أصحاب الشافعي في وقت الاختبار على نحو ما ذكرنا فيما مضى من الروايتين .

« مسألة ، قال (فإن عاود السفه حجر عليه) »

وجملته : أن المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ودفع إليه ماله ثم عاد إلى السفه أعيد عليه الحجر وهذا قال القاسم بن غنم ومالك والشافعي والأوزاعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل وتصرفه نافذ ، وروى ذلك عن ابن سيرين ، والنخعي لأنه حر مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد .

ولنا إجماع الصحابة ، وروى عروة بن الزبير أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً فقال على رضي الله عنه لأتينا عثمان ليحجر عليك فأتى عبد الله بن جعفر الزبير ، فقال : قد اتعت بيعاً ، وأن علياً يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر على

فقال الزبير أنا شريكك في البيع ، فأتى على عثمان فقال : إن ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه ، فقال الزبير أنا شريكه في البيع ، فقال عثمان : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير ؟

قال أحمد : لم أسمع هذا إلا من أبي يوسف القاضي . وهذه قصة يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد في عصرهم فتكون اجماعا ، ولأن هذا سفه فيه فاحجر عليه كما لو بلغ سفهيا ، فإن العلة التي اقتضت الحجر عليه إذا بلذع سفهيا سفه وهو موجود ، ولأن السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله إليه ، فإذا حدث أوجب انتزاع المال كالجنون ، وفارق الرشيد فإن رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله إليه

فصل في

ولا يحجر عليه إلا الحاكم . وبهذا قال الشافعي ، وقال محمد يصير محجورا عليه بمجرد تبذيره ، لأن ذلك سبب الحجر فأشبه المجنون

ولنا أن التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج إلى الاجتهاد ، فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت إلا بحكم الحاكم ، كابتداء مدة العنة ، ولأنه حجر يختلف فيه فلم يثبت إلا بحكم الحاكم كالحجر على المفلس ، وفارق الجنون فإنه لا يفتقر إلى الاجتهاد ولا خلاف فيه ، ومتى حجر عليه ثم عاد فرشد فك الحجر عنه ولا يزول إلا بحكم الحاكم ، وبه قال الشافعي . وقال أبو الخطاب : يزول السفه لأنه سبب الحجر فيزول بزواله كما في حق الصبي والمجنون

ولنا أنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلا يزول إلا به كحجر المفلس ، ولأن الرشد يحتاج إلى تأمل واجتهاد في معرفته وزوال تبذيره فكان كابتداء الحجر عليه ، وفارق الصبي والمجنون فإن الحجر عليهما بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه ، ولأننا لو وقفنا تصرف الناس على الحاكم كان أكثر الناس محجورا عليه . قال أحمد : والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه ، يعني إذا كبر واختل عقله حجر عليه ، بمنزلة المجنون لأنه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة وحفظه فأشبهه الصبي والسفيه

« مسألة ، قال (فن عامله بعد ذلك فهو المتلف — ماله

وجملته أن الحاكم إذا حجر على السفينة استحب أن يشهد عليه ليظهر أمره فتجنب معاملته ، وإن رأى أن يأمر منادياً ينادى بذلك ليعرفه الناس فعل ولا يشترط الإشهاد عليه ، لأنه قد ينتشر أمره بشهرته وحديث الناس به ، فإذا حجر عليه فباع واشترى كان ذلك فاسداً واسترجع الحاكم ما باع من ماله ورد الثمن إن كان باقياً ، وإن أتلّفه السفينة أو تلف في يده فهو من ضمان المشتري ولا شيء على السفينة . وكذلك ما أخذ من أموال الناس برضا أصحابها ، كالذي يأخذه بقرض أو شراء أو غير ذلك رده الحاكم إن كان باقياً : وإن كان تالفاً فهو من ضمان صاحبه علم بالحجر عليه أو لم يعلم لانه إن علم فقد فرط بدفع ماله إلى من حجر عليه وإن لم يعلم فهو مفرط إذ كان في مظنة الشهرة ، هذا إذا كان صاحبه قد سلطه عليه ، فأما إن حصل في يده باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية ، فاختار القاضي أنه يلزمه الضمان إن أتلّفه أو تلف بتفريطه ، لأنه أتلّفه بغير اختيار صاحبه ، فأشبه ما لو كان القبض بغير اختياره ، ويحتمل أنه لا يضمن لانه عرضها لا تلّاه وسلطه عليها فأشبه المبيع ، وأما ما أخذه بغير اختيار صاحبه أو أتلّفه كالغصب والجنابة فعليه ضمانه لانه لا تفريط من المالك ، لأن الصبي والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه أولى ، ومذهب الشافعي في هذا كله كذلك

(فصل) والحكم في الصبي والمجنون كالحكم في السفيه في وجوب الضمان عليهما فيما أتلّاه من مال غيرهما بغير اذنه أو غضبه فتلف في أيديهما وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه وتسليطه كالثمن والمبيع والقرض والاستدانة ، وأما الوديعة والعارية فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما ، وإن أتلّاه في ضمانه وجهان .

(فصل) ولا ينظر في مال الصبي والمجنون ما دام في الحجر إلا الأب أو وصيه بعده أو الحاكم عند عدمهما ، وأما السفينة فإن كان محجوراً عليه صغيراً واستديم الحجر عليه لسفه فلولي فيه من ذكرناه ، وإن جدد الحجر عليه بعد

بلوغه لم ينظر في ماله إلا الحاكم ، لأن الحجر يفقر الى حكم حاكم وزواله يفقر الى ذلك فكذلك النظر في ماله

« مسألة ، قال ﴿ وان أقر المحجور عليه بما يوجب حداً أو قصاصاً أو طلق زوجته لزمه ذلك ﴾

وجعلته أن المحجور عليه لفلس أو سفه إذا أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً كالزنا والسرقة والشرب والقذف والقتل العمد أو قطع اليد وما أشبهها فإن ذلك مقبول ويلزمه حكم ذلك في الحال لانعلم في هذا خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المحجور عليه على نفسه جائز إذا كان إقراره بزنا أو سرقة أو شرب خمر أو قذف أو قتل وإن الحدود تقام عليه . وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأنه غير متهم في حق نفسه والحجر إنما يتعلق بماله فقبل إقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال ، وان طلق زوجته نفذ طلاقه في قول أكثر أهل العلم ، وقال ابن أبي ليلى لا يقع طلاقه لأن البضع يجري مجرى المال ، بدليل أنه يملكه بمال ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كامال .

ولنا أن الطلاق ليس بتصرف في المال ولا يجري مجراه فلا يمنع منه كالإقرار بالحد والقصاص ، ودليل أنه لا يجري مجرى المال أنه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف في المال ولا يملك بالميراث ، ولأنه مكلف طلق امرأته مختاراً فوق طلاقه كالعبد والمكاتب

(فصل)

إذا أقر بما يوجب القصاص فعفا المقر له على مال احتمل أن يجب المال ، لأنه عفو عن قصاص ثابت فصح كما لو ثبت بالبينة ، واحتمل أن لا يصح لثلاث يتخذ ذلك وسيلة الى الإقرار بالمال بأن يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الإقرار بالقصاص والعفو عنه على مال ، ولأنه وجوب مال مستنده إقراره فلم يثبت كالإقرار به ابتداءً ، فعلى هذا القول يسقط وجوب القصاص ولا يجب المال في الحال .

(فصل) وان خالع صح خلعه ، لأنه اذا صح الطلاق ولا يحصل منه شيء فالحلح الذي يحصل به المال أولى ، الا أن العوض لا يدفع اليه ، وان دفع اليه لم يصح قبضه ، وان أتلفه لم يضمه ولم تبرأ المرأة بدفعه اليه وهو من ضمانها ان أتلفه أو تلف في يده لانه سلطته على إتلافه

(فصل) وان اعتق لم يصح عتقه ، وهذا قول القاسم بن محمد والشافعي . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أنه يصح لانه عتق من مكلف مالك تام الملك ، فصح كعتق الراهن والمفلس

ولنا أنه تصرف في ماله فلم يصح كسائر تصرفاته ، ولانه تبرع فأشبهه هبة ووقفه ولانه محجور عليه لحفظ ماله عليه فلم يصح عتقه كالصبي والمجنون وفارق المفلس والراهن فإن الحجر عليهما لحق غيرهما

(فصل)

وان تزوج صح النكاح بإذن وليه وبغير اذنه ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال أبو الخطاب : لا يصح بغير اذن وليه ، وهو قول الشافعي وأبي ثور لانه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير اذن وليه كالشراء

ولنا أنه عقد غير مالى فصح منه كخلعه وطلاقه ، وان لزم منه المال لحصوله بطريق الضمن فلا يمنع من العقد ، كما لو لزم ذلك من الطلاق

(فصل) ويصح تدبيره ووصيته ، لان ذلك محض مصلحته لانه تقرب الى الله تعالى بماله بعد غناه عنه ويصح استيلاؤه ، وتعتق الأمة المستولدة بموته ، لانه اذا صح ذلك من المجنون فمن السفیه أولى ، وله المطالبة بالقصاص لانه موضوع للنشئ والاتقام وهو من أهله ، وله العفو على مال لانه تحصيل المال لاتضييع له وان عفا على غير مال نظرت

فإن قلنا الواجب القصاص عينا صح عفو له لانه لم يتضمن تضييع المال ، وان قلنا أحد الشئيين لم يصح عفو عن المال ووجب المال كما لو سقط القصاص بعفو أحد الشئيين ، وان أحرم بالحلح صح احرامه لانه مكلف أحرم بالحلح أشبه غيره ولان ذلك عبادة فصحت منه كسائر عباداته ، ثم ان كان أحرم بفرض دفع اليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه ، وان كان تصوعا فكانت نفقته في السفر

كنفقته في الحضر ، دفعت اليه لانه لا ضرر في احرامه . وان كانت نفقة السفر أكثر فقال : أنا أكتب تمام نفقتي دفعت اليه أيضا لانه لا يضر ياله ، وان لم يكن له كسب فلوليه تحليله لما فيه من تضييع ماله ويتحلل بالصيام كالمعسر لانه ممنوع من التصرف في ماله ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله ، بناء على العبد اذا أحرم بغير إذن سيده ، وان حنث في يمينه أو عاد في ظهاره أو لزمته كفارة بالقتل أو الوطء في نهار رمضان كفر بالصيام لذلك ، وان أعتق أو أطعم عن ذلك لم يجزه ، وبهذا قال الشافعي لانه ممنوع من ماله أشبه المفلس . ويتخرج أن يجزئه العتق بناء على قولنا بصحته منه ، وان نذر عبادة بدنية لزمه فعلها لانه غير محجور عليه في بدنه ، وان نذر صدقة المال لم يصح منه وكفر بالصيام . وان فك الحجر عنه قبل تكفيره في هذه المواضع كلها لزمه العتق ان قدر عليه . ومقتضى قول أصحابنا أنه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه ثم فك عنه . فإنه يلزمه أدائه . وان فك بعد تكفيره لم يلزمه شيء كما لو كفر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه .

فصل

وان أقر بنسب ولد مقبل منه لانه ليس بإقرار بال ولا تصرف فيه فقبل كإقراره بالحد والطلاق ، واذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة وغيرها لان ذلك حصل ضمنا لما صح منه . فأشبه نفقة الزوجة

« مسألة ، قال (وان أقر بدين لم يلزمه في حال حجره)

وجعلته أن السفية اذا أقر بال كالدين أو بما يوجب كجناية الخطأ وشبه العمد واتلاف المال وغصبه وسرقته لم يقبل إقراره به لانه محجور عليه لحظه فلم يصح إقراره بالمال كالصبي والمجنون ولانا لو قبلنا إقراره في ماله لزال معنى الحجر لانه يتصرف في ماله ثم يقر به . فيأخذه المقر له . ولانه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه كإقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال . ومقتضى قول الحنفي أنه يلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه . وهو الظاهر من قول أصحابنا وقول أبي ثور لانه مكلف أقر بما لا يلزمه في الحال . فلزمه بعد فك الحجر عنه . كالعبد يقر بدين

والراهن على الرهن والمفلس على المال : ويحتمل أن لا يصح اقراره ولا يؤخذ به في الحكم بحال ، وهذا مذهب الشافعي ، لانه محجور عليه لعدم رشده ، فلم يلزمه حكم اقراره بعد فك الحجر عنه كالصبي والمجنون : ولان المنع من نفوذ اقراره في الحال انما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه ، فلو نفذ بعد فك الحجر لم يقد الا تاخير الضرر عليه الى اكمل حالته وفارق المحجور عليه لحق غيره ، فان المانع تعلق حق الغير بماله فيزول المانع بزوال الحق عن ماله فيثبت مقتضى اقراره ، وفي مسألتنا انتفى الحكم للخلل في الاقرار ، فلم يثبت كونه سببا وبزوال الحجر لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب كما لم يثبت قبل فك الحجر ، ولأن الحجر لحق الغير لم يمنع تصرفهم في ذممهم ، فامكن تصحيح اقرارهم في ذممهم على وجه لا يضر بغيرهم بأن يلزمهم بعد زوال حق غيره ، والحجر ههنا لحظ نفسه من أجل ضعف عقله وسوء تصرفه ولا يندفع الضرر الا بابطال اقراره بالسكينة كالصبي والمجنون ، وأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى ، فان علم صحة ما أقر به كدين يلزمه من جنابة أو دين لزمه قبل الحجر عليه فعليه أدائه لانه علم أن عليه حقا فلزمه أدائه كما لو لم يقر به ، وان علم فساد اقراره مثل أن علم أنه أقر بدين ، ولا دين عليه أو بجنابة لم توجد منه أو أقر بما لا يلزمه مثل أن أتلف مال من دفعه اليه بقرض أو بيع لم يلزمه أدائه لانه يعلم أنه لا دين عليه فلم يلزمه شيء كما لو لم يقر به .

(فصل) اذا أذن ولي السفیه له فی البيع والشراء فهل یصح منه ؟ علی وجهین أحدهما : یصح لانه عقد معاوضة فليس له بالاذن كالانسكاح ولانه عاقل محجور عليه فصح تصرفه بالاذن فيه كالصبي . يحقق هذا أن الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه ثم یصح تصرفه بالاذن فههنا أولى ولانا لو منعنا تصرفه بالاذن لم یکن لنا طریق الى معرفة رشده واختباره .

والثاني : لا یصح لان الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فاذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه فلم یصح كما لو أذن فی بيع ما یساوی عشرة بخمسة وللشافعی وجهان كهذين والله أعلم .

كتاب الصلح

الصلح : معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين ، ويتنوع أنواعا : صلح بين المسلمين وأهل الحرب ، و صلح بين أهل العدل وأهل البغى ، و صلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما ، قال الله تعالى (٤٩ : ٩) وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوها بينهما) وقال الله تعالى (٤ : ٣٥) وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلح بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » أخرجه الترمذى وقال حديث حسن صحيح .

وروى عن عمر : أنه كتب إلى أبي موسى بمثل ذلك ، وأجمعت الأئمة على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرناها ، ولكل واحد منها باب يفرد له ويذكر فيه أحكامه ، وهذا الباب للصلح بين المتخاصمين في الأموال ، وهو نوعان : صلح على إقرار ، و صلح على إنكار ، ولم يسم الخرقى الصلح إلا في الإنكار خاصة .

• مسألة ، قال (والصلح الذي يجوز هو أن يكون للدعى حق لا يعليه المدعى عليه ، فيصطلحان على بعضه ، فإن كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل)

وجملة ذلك : أن الصلح على الإنكار صحيح ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعى : لا يصح لأنه عاوض على ما لم يثبت له ، فلم تصح المعاوضة : كما لو باع مال غيره ، ولأنه عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه ، فبطل كالصلح على حد القذف .

ولنا عموم قوله عليه السلام « الصلح بين المسلمين جائز » ، فيدخل هذا في عمومه .

فإن قالوا : فقد قال « إلا صلحاً أحل حراماً » وهذا داخل فيه ، لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه ، فحل بالصلح .

قلنا : لا نسلم دخوله فيه ، ولا يصح حمل الحديث على ما ذكروه لوجهين :

أحدهما : أن هذا يوجد في الصلح بمعنى البيع ، فإنه يحل لكل واحد منهما ما كان محرماً عليه قبله ، وكذلك الصلح بمعنى الهبة ، فإنه يحل للموهوب له ما كان حراماً عليه ، والاسقاط يحل له ترك أداء ما كان واجباً عليه .

الثاني : أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحاً ، فإن الصلح الفاسد لا يحل الحرام ، وإنما معناه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقاءه على تحريره ، كإلصاحه على استرقاق حر ، أو إحلال بضع محرم ، أو سألحه بخمر أو خنزير ، وأبس ما نحن فيه كذلك ، وعلى أنهم لا يقولون بهذا . فإنهم يبيحون لمن له حق يجحده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه ، فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن يحل برضاه وبذله أولى ، وكذلك إذا حل مع اعتراف الغريم فلأن يحل مع جحده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى . ولأن المدعى هنا يأخذ عوض حقه الثابت له ، والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه وقطع الخصومة ، ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ، ولأنه صلح يصح مع الأجنب فصح مع الخصم كالصلح مع الأقارب .

يحققه : أنه إذا صح مع الأجنب مع غناه عنه . فلأن يصح مع الخصم مع حاجته إليه أولى . وقولهم : إنه معاوضة . قلنا : في حقهما أم في حق أحدهما ؟ الأول ممنوع ، والثاني مسلم ، وهذا لأن المدعى يأخذ عوضاً . حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده ، فهو معاوضة في حقه : والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه ، ويخلصه من شر المدعى ، فهو أبرأ في حقه ، وغير ممنوع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر ، كإلصاحه بشيء بغيره فإنه يصح ، ويكون معاوضة في حق البائع واستيفاداً له من الرق في حق المشتري كذا هنا .

إذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح إلا أن يكون المدعى معتقداً أن ما ادعاه حق ، والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه ، فيدفع إلى المدعى شيئاً اقتداءً بيمينه ، وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحاكم ، فإن ذوي النفوس الشريفة والمروءة يصعب عليهم ذلك ، ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم ،

والمدعى يأخذ ذلك عوضا عن حقه الثابت له ، فلا يمنع الشرع من ذلك أيضا ، سواء كان المأخوذ من جنس حقه أو من غير جنسه بقدر حقه أو دونه فإن أخذ من جنس حقه بقدره فهو مستوف له ، وإن أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه : وإن أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه ، ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر مما ادعاه لأن الزائد لا مقابل له ، فيكون ظالما بأخذه وإن أخذ من غير جنسه جاز ، ويكون يباع في حق المدعى لاعتقاده أخذه عوضا ، فيلزمه حكم إقراره ، فإن كان المأخوذ شقضا في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة ، وإن وجد به عيبا فله رده والرجوع في دعواه ، ويكون في حق المنكر بمنزلة الإبراء لأنه دفع المال افتداء ليمينه ودفعاً للضرر عنه ، لا عوضا عن حق يعتقده فيلزمه أيضا حكم إقراره : فإن وجد بالمصالح عنه عيبا لم يرجع به على المدعى لاعتقاده أنه ما أخذ عوضا ، وإن كان شقضا لم تثبت فيه الشفعة ، لأنه يعتقده على ملكه لم يزل وما ملكه بالمصلح ، ولو دفع المدعى عليه ما ادعاه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة ، لأن المدعى يعتقد أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله مسترجعا مما يمنى به عنده ، فلم يكن يباع كاسترجاع العين المفضوعة فأما إن كان أحدهما كاذبا ، مثل أن يدعى المدعى شيئا يعلم أنه ليس له ، وينكر المنكر - كما يعلم أنه عليه ، فالمصلح باطل في الباطن ، لأن المدعى إذا كان كاذبا فما يأخذه أكل مال بالباطل ، أخذه بشره وظلمه ودعواه الباطلة ، لا عوضا عن حق له فيكون حراما عليه ، كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله ، وإن كان صادقا والمدعى عليه يعلم صدقه وثبوت حقه ، فجحده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء ، فهو هضم للحق ، وأكل مال بالباطل ، فيكون ذلك حراما ، والمصلح باطل ، ولا يحل له مال المدعى بذلك ، وقد ذكره الحرق في قوله : « وإن كان يعلم ما عليه فجحده فالمصلح باطل » . يعني في الحقيقة ، وأما الظاهر لنا فهو الصحة : لأننا لا نعلم باطن الحال : وإنما ينبني الأمر على الظواهر ، والظاهر من المسلم السلامة .

(فصل) ولو ادعى على رجل وديعة أو قرضا أو تفريطا في وديعة أو مضاربة فأنكره واصطلحا صحح لما ذكرناه .

(فصل) وإن صالح عن المنكر أجنبى صحح ، سواء اعترف للمدعى بصحة

دعواه أو لم يعترف ، وسواء كان ياذنه أو غير إذنه ، وقال أصحاب الشافعي : إنما يصح إذا اعترف للمدعى بصدقه ، وهذا مبنى على صلح المنكر ، وقد ذكرناه ، ثم لا يخلو الصلح إما أن يكون عن دين أو عين : فإن كان عن دين صح ، سواء كان باذن المنكر أو بغير إذنه ، لأن قضاء الدين عن غيره جائز باذنه وبغير إذنه فان عليّاً وأبا قتادة رضى الله عنهما قضيا عن الميت فأجازته النبي صلى الله عليه وسلم وإن كان الصلح عن عين باذن المنكر فهو كالصلح منه ، لأن الوكيل يقوم مقام الموكل ، وإن كان بغير إذنه فهو افتداء المنكر من الخصومة ما يراه له من الدعوى وذلك جائز ، وفي الموضعين . إذا صالح عنه بغير إذنه لم يرجع عليه بشيء ، لأنه أدى عنه ما لا يلزمه أداؤه ، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروایتين فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذنه ، وليس هذا بجديد ، لأن هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه أداؤه الى المدعى ، فكيف يلزمه أداؤه الى غيره ؟ ولأنه أدى عنه ما لا يجب عليه ، فكان متبرعاً كما لو تصدق عنه ، ومن قال بوجوبه فانه يملك المدعى في الدعوى على المنكر لا غير ، أما أن يجب له الرجوع بما أداه حتماً فلا وجه له أصلاً ، لأن أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين هم الم يجب له حق ولا لزوم الأداء اليه ، ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى ، فكذلك هذا ، ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعى فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى بشيء لا يعلم ثبوته ، وأما ما إذا صالح عنه باذنه فهو وكيله ، والوكيل في ذلك جائز ، ثم ان أدى عنه باذنه رجوع اليه : وهذا قول الشافعي ، وإن أدى عنه بغير إذنه متبرعاً لم يرجع بشيء ، وإن قضاؤه محتسباً بالرجوع خرج على الروایتين فيمن قضى دين غيره بغير إذنه : لأنه قد وجب عليه أداؤه بمقتضى الصلح ؛ بخلاف ما إذا صالح وقضى بغير إذنه : فانه قضى ما لا يجب على المنكر قضاؤه .

(فصل) وإن صالح الأجنبي المدعى لنفسه لتكوين المطالبة له : فلا يخلو من أن يعترف للمدعى بصحة دعواه أو لا يعترف له ، فإن لم يعترف له كان الصلح باطلاً ، لأنه يشترى منه ما لم يثبت له ولم توجه اليه خصومة يفتدى منها ، فأشبه ما لو اشترى منه ملك غيره : وإن اعترف له بصحة دعواه وكان المدعى ديناً

لم يصح ، لأنه اشترى ما لا يقدر البائع على تسليمه ، ولأنه يبيع للدين من غير من هو في ذمته ، ومن أصحابنا من قال : يصح وليس بجيد ، لأن يبيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح ، فبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى وإن كان المدعى عيناً فقال الاجنبى للمدعى : أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فإذا قادر على استنقاذها من المنكر ، فقال أصحابنا : يصح الصلح . وهو مذهب الشافعى ، لأنه اشترى منه ملكه الذى يقدر على تسليمه ، ثم إن قدر على انتزاعه استقر الصلح : وإن عجز كان له الفسخ ، لأنه لم يسلم له المعقود عليه ، فكان له الرجوع الى بدله ، ويحتمل أنه ان تبين أنه لا يقدر على تسليمه تبين أن الصلح كان فاسداً ، لأن الشرط الذى هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان فاسداً كما لو اشترى عبده ، فتبين أنه آبق أو ميت ، ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استيفاؤه لم يصح الصلح ، لأنه اشترى ما لا يمكنه قبضه منه ، فأشبهه شراء العبد الآبق والجل الشارد ، فإن اشتراه وهو يظن أنه عاجز عن قبضه فتبين أن قبضه ممكن صح البيع ، لأن البيع تناول ما يمكن قبضه ، فصح كما لو علما ذلك ، ويحتمل أن لا يصح لأنه ظن عدم الشرط ، فأشبهه ما لو باع عبداً يظن أنه حر ، أو أنه عبد غيره فتبين أنه عبده ، ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك ، لأن من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء ، فكان يبعه فاسداً لكونه متلاعياً بقوله معتقداً فساده ، ومن لا يعلم يعتقده صحيحاً ، وقد تبين اجتماع شروطه فصح ، كما لو علمه مقدوراً على تسليمه .

(فصل فان قال الاجنبى للمدعى : أنا وكيل المدعى عليه فى مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها ، وإنما يجدها فى الظاهر ، فظاهر كلام الخرقى : أن الصلح لا يصح ، لأنه يجدها فى الظاهر لينتقص المدعى بعض حقه ، أو يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل الى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان ، فهو بمنزلة ما لو شافه بآلِكَ ، فقال : أنا أعلم صحة دعواك ، وإن هذا لك ولكن لا أسلمه اليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه ؛ وقال القاضى : يصح ، وهذا مذهب الشافعى ، قالوا : ثم ينظر الى المدعى عليه ، فإن صدقه على ذلك ملك العين

ورجع على الاجنبي وعليه بما أدى عنه ان كان اذن له في الدفع ، وان أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ، ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير اذنه ، وان أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه ، وليس للأجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها ، فأما حكم ملكها في الباطن ، فإن كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لأنه اشترأها باذنه فلا يقدح انكاره في ملكها ، لأن ملكه ثبت قبل انكاره ، وانما هو ظالم بالانكار للأجنبي ، وان كان لم يوكله لم يملكها ، لأنه اشترى له عيناً بغير اذنه ، ويحتمل أن يقف على اجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير اذنه بشئ في ذمته ، فإن أجاز له في حقه ، وان لم يجزه لزم من اشتراؤه ، وان قال الاجنبي للدعي : قد عرف المدعي ناليه صحة دعواك ، وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه فصالحه صح ، وكان الحكم كما ذكرنا ، لأنه ههنا لم يمتنع من أدائه ، بل اعترف به وصالحه عليه مع بذله له ، فأشبه ما لو لم يمتنعه .

« مسألة ، قال (ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صالحاً ، لأنه هضم للحق) »

وجملته . أن من اعترف بحق وامتنع من أدائه حتى صولح على بعضه فالصالح باطل ، لأنه صالح عن بعض ماله ببعض ، وهذا محال ، وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو بلفظ الهبة المقرون بشرط ، مثل أن يقول : أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط أن تعطيني ما بقي ، ولو لم يشترط إلا أنه لم يعط بعض حقه إلا باسقاطه بعضه ، فهو حرام أيضاً ، لأنه هضمه حقه .

قال ابن أبي اسحاق : الصلح على الاقرار هضم للحق ، فتنى ألزم المقر له ترك بعض حقه ؛ فتركه عن غير طيب نفسه لم يطب الاخذ ، وان تطوع المقر له باسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جاز ، غير أن ذلك ليس بصلح ، ولان باب الصلح بسبيل ، ولم يسم الخرق الصلح الا في الانكار على الوجه الذي قدمنا ذكره فأما في الاعتراف فاذا اعترف بشيء وقضاه من جنسه فهو وفاء ، وان قضاه من غير جنسه فهي معاوضة ، وان أبرأه من بعضه اختياراً منه واستوفى الباقي فهو إبراء ، وان وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهي هبة ، فلا يسمى

ذلك صلحا ، ونحو ذلك قال ابن موسى ، وسماه القاضي وأصحابه صلحا ، وهو قول الشافعي وغيره والخلاف في التسمية ، أما المعنى فتفق عليه ، وهو فعل ماعدا وفاء الحق وإسقاطه على وجه يصح ، وذلك ثلاثة أقسام : معاوضة ، وإبراء وهبة فأما المعاوضة فهو أن يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يتفقان على تعويضه عن ذلك بما يتوزع تعويضه به . وهذا ثلاثة أضرب

أحدها : أن يعترف له بأحد النقيدين فيصالحه الآخر ، نحو أن يعترف له بمائة درهم ، فيصالحه منها بعشرة دنانير ، أو يعترف له بعشرة دنانير فيصالحه على مائة درهم ، فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقابض في المجلس ونحوه .

الثاني : أن يعترف له بعروض فيصالحه على أثمان ، أو بأثمان فيصالحه على عروض ، فهذا بيع يثبت فيه أحكام البيع : وإن اعترف له بدين فصالحه على موصوف في الذمة لم يجز التفريق قبل القبض . لأنه بيع دين بدين .

الثالث . أن يصالحه على سكنى دار ، أو خدمة عبد ونحوه ، أو على أن يعمل له عملا معلوما ، فيكون ذلك اجارة ، لها حكم سائر الاجارات ، وإذا ألتف الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الاجارة ورجع بما صالح عنه وإن تلفت بعد استيفاء شيء من المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ، ولو صالحه على أن يزوجه جاريته ، وهو ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح عنه صداقها ، فإن انفسخ النكاح قبل الدخول بأمر يسقط الصداق ورجع الزوج بما صالح عنه ، وإن طلقها قبل الدخول ورجع بنصفها ، وإن كان الممتزف امرأة فصالحته المدعى على أن تزوجه نفسها جاز ، ولو كان الممتزف به عيبا في مبيعها فصالحته على نكاحها صح ، فإن زال العيب رجعت بأرشه ، لأن ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها ، وإن لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها ورجع عليها بأرشه .

القسم الثاني : الإبراء . وهو أن يعترف له بدين في ذمته ، فيقول : قد أبرأتك من نصفه أو جزء معين منه فأعطني ما بقي ، فيصح إذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط

قال أحد : إذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي ، كان ذلك جائزاً لها ، ولو فعل ذلك قاض لم يكن عليه في ذلك إثم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كلف غرماء جابر ليضعوا عنه فوضعوا عنه الشطر ، وفي الذي أصيب في حديثه فربما النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو ملزوم فأشار إلى غرمائه بالنصف فأخذوه منه ، فإن فعل ذلك قاض اليوم جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لها .

وروى يونس عن الزهري عن عبد الله بن صعب عن أبيه ، أنه تناضى ابن أبي حنيفة ديناً كان له عليه في المسجد ، فارتفعت أسواتهما حتى سمعا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فخرج إليهما ثم نادى : يا نعب ، قال : لبيك يا رسول الله ، فأشار إليه : أن ضع الشطر من دينك ، قال : قد فعلت يا رسول الله قال رسول الله (ص) : قم فأعطه ، فإن قال : على أن تفيئ ما بقي بطل ، لأنه ما أبرأه عن بعض الحق إلا ليوفيه بنيتة ، فذانه عاوض بعض حقه ببعض .

القسم الثالث : الهبة . وهو أن يكون له في شيء عين فيقول : قد وهبتك نصفها فأعطني بقيتها فيصح ، ويعتبر له شروط الهبة ، وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي . لأنه إذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضاً عن الوفاء به ، فسكانه عاوض بعض حقه ببعض : وإن أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح ، مثل أن يقول : صالحتك بنصف دينك علي ، أو بنصف دارك هذه ، فيقول : صالحتك بذلك لم يصح : ذكره القاضي . ابن عسيل ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي .

وقال أكثرهم : يجوز الصلح ، لأنه إذا لم يجز بلفظه خرج عنه أن يكون صلحاً ، ولا يبقى له تعلق به ، فلا يسمى صلحاً ، أما إذا كان بلفظ الصلح سمي صلحاً لوجود اللفظ ، وأن تغلب المعنى ، كالهبة بشرط الشايع ، وإنما يقتضى لفظ الصلح المعاوضة إذا كان ثم عوض ، أما مع عدمه فلا : وإنما معنى الصلح الاتفاق والرضى ، وقد يحصل هذا من غير عوض كما تليق إذا كان بعوض سمي بيعاً ، وإن خلا عن العوض سمي هبة .

ولنا أن لفظ الصلح يقتضى المعاوضة ، لأنه إذا قال : صلحني بهبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا ، فقد أضاف اليه بالمقابلة ، فصار كقوله : بغنى بألف وان أضاف اليه « على » جرى مجرى الشرط ، كقوله تعالى (١٨ : ٩٤) فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سداً ؛ وكلاهما لا يجوز ، بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة .

وقولهم : إنه يسمى صلحا ممنوع ، وان سمي صلحا فبجاز ، لتضمنه قطع النزاع وإزالة الخصومة ، وقولهم : ان الصلح لا يقتضى المعاوضة ، قلنا : لا نسلم ، وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء : أو على أو نحوهما به ، فإن لفظة الصلح تحتاج الى حرف تعدى به ، وذلك يقتضى المعاوضة على ما بيناه .

(فصل)

وان ادعى على رجل يتنا فصالحه على بعضه أو على بناء غرفة فوقه ، أو على أن يسكنه سنة لم يصح ، لأنه يصالحه في ملكه على ملكه أو منفعة ، وان أسكنه كان تبرعا منه متى شاء أخرجه منها ، وان أعطاه بعض داره بناء على هذا فتي شاء انتزعه منه ، لأنه أعطاه اياه عوضا عما لا يصلح عوضا عنه ، وان فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقداً أن ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه بأجر ما سكن . وأجر ما كان في يده من الدار ، لأنه أخذه بعقد فاسد ، فأشبهه المبيع المأخوذ بعقد فاسد ، وسكنى الدار بإجارة فاسدة ، وان بنى فوق البيت غرفة أجبر على نقضها ؛ واذا آجر السطح مدة مقامه في يده ، وله أخذ آلاته ، ولو اتفقا على أن يصالحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز ، وان بنى الغرفة بتراب من أرض صاحب البيت وآلاته ، فليس له أخذه بنائه ، لأنه ملك لصاحب البيت ، وان أراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويحتمل أن يملك نقضه كقولنا فى الغاصب .

(فصل) واذا صالحه بخدمة عبده سنة صح ، وكانت اجارة ، وقد ذكرنا ذلك ، فإن باع العبد فى السنة صح البيع ، ويكون للمشتري ، مسلوب المنفعة بقية السنة ، وللمستأجر استيفاء منفعته الى انقضاء مدته كما لو زوج أمته ثم باعها ؛ وان لم يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لانه عيب ، وان أعتق العبد فى أثناء المدة نفذ عتقه

لأنه مملوكه يصح بيعه فصح عتقه لغيره ، والصالح أن يستوفي نفعه في المدة ، فإنه أعتقه بعد أن ملك منفعته لغيره ، فأشبه ما لو أعتق الأمة المزوجة لحر ، ولا يرجع العبد على سيده بشيء ، لأنه ما زال ملكه بالعتق إلا عن الرقة والمنافع حينئذ مملوكه لغيره فلم تتلف منافعه بالعتق فلم يرجع بشيء ، وإن أعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو أعتق زمنا أو مقطوع اليدين أو أعتق أمة مزوجة . وذكر القاضي وابن عقيل وجهاً آخر : أنه يرجع على سيده بأجر مثله . وهو قول الشافعي ، لأن العتق اقتضى إزالة ملكه عن الرقة والمنفعة جميعاً ، فلما لم تحصل المنفعة للعبد هبنا فكانه حال بينه وبين منفعته

ولنا أن إعتاقه لم يصادف المعتق سواه ، ملك الرقة فلم يؤثر إلا فيه ، كما لو وصى لرجل برقة عبد ، وآخر بنفعه فأعتق صاحب الرقة ، كما لو أعتق أمة مزوجة . وقولهم أنه اقتضى زوال المالك عن المنفعة . قلنا : إنما يقتضى ذلك إذا كانت مملوكه له ، أما إذا كانت مملوكه لغيره فلا يقتضى إعتاقه إزالة ما ليس بوجوده ، وإن تبين أن العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد العوض ورجع المدعى فيما أقر له به ، وإن وجد العبد معيباً عيباً تنقص به المنفعة فله رده ، وفسخ الصلح ، وإن صالح على العبد بعينه صح الصلح ويكون بيعاً والحكم فيها إذا خرج مستحقاً أو ظهر به عيب كما ذكرنا

(فصل)

إذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه منه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز به بيع الزرع . وقد ذكرنا ذلك في البيع ، وإن كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجز ، لأنه إن صالحه عليه بشرط التبقية ، أو من غير شرط القطع لم يجز ، لأنه لا يجوز بيعه كذلك . وإن شرط القطع لم يجز ، لأنه لا يكتفه قطعه إلا بقطع زرع الآخر ، ولو كان الزرع لواحد فأقر للبدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الأرض لبصير الزرع كله للبقر والأرض بينهما نصيبين : فإن شرط القطع جاز لأن الزرع كله للبقر لجاز شرط قطعه ، ويحتمل أن لا يجوز لأن في الزرع ما ليس ببيع وهو النصف الذي لم يقر به ، وهو في النصف الباقي له فلا يصح اشتراط قطعه . كما لو شرط قطع زرع آخر

في أرض أخرى ، وإن صالحه منه بجميع الأرض بشرط القطع لبسمل الأرض إليه فارغة صح ، لأن قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصلح والباقي لتفريع الأرض فأمكن القطع ، وإن كان إقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الأرض ليكون الأرض والزرع بينهما نصفين ، وشرط القطع في الجميع احتمال الجواز لأنها قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الأرض فارغة . واحتمل المنع لأن باقي الزرع ليس بمبيع فلا يصح شرط قطعه في العقد

(فصل)

إذا حصلت أغصان شجرته في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة أو عبا نفس الجدار لزم مالك الشجرة إزالة تلك الأغصان ؛ أما بردها الى ناحية أخرى وأما بالقطع ، لأن الهواء ملك لصاحب القرار ، فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار ، فإن امتنع المالك من إزالته لم يجبر لأنه من غير فعله فلم يجبر على إزالته ، كما إذا لم يكن مالكا له ، وإن تلف بها شيء لم يضمنه كذلك ، ويحتمل أن يجبر على إزالته ويضمن ما تلف به إذا أمر بإزالته فلم يفعل . بناء على ما إذا مال حائظه الى ملك غيره على ما سنذكر ان شاء الله تعالى ، وعلى كلا الوجهين ؛ إذا امتنع من إزالته كان لصاحب الهواء إزالته بأحد الأمرين ، لأنه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره له إخراجها ، كذا ههنا . وهذا مذهب الشافعي ، فإن أمكنه إزالتها بلا إتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له إتلافها كما أنه إذا أمكنه إخراج البهيمة من غير إتلاف لم يجز له إتلافها ، فإن أتلفها في هذه الحال غرمها ، وإن لم يمكنه إزالتها الا بالإتلاف فله ذلك ولا شيء عليه ، فإنه لا يلزمه إقرار مال غيره في ملكه ، فإن صالحه على إقرارها بعوض معلوم فاختلف أصحابنا ، فقال ابن حامد وابن عقيل : يجوز ذلك رطباً كان الغصن أو يابساً ، لأن الجمالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم ، بخلاف العوض فإنه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ، ولأن الحاجة داعية الى الصلح عنه لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة ، وفي القطع إتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعني عنها ، كالسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للرفة

يتجدد له الأولاد والغراس التي يستأجر له الأرض يعظم وينفقو . قال أبو الخطاب : لا تصح المصالحة عنه بحال ، رطباً كان أو يابساً ، لأن الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص وربما ذهب كله .

وقال القاضي : إن كان يابساً معتمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه لأن الزيادة مأمونة فيه ، ولا يصح الصلح على غير ذلك لأن الرطب يزيد في كل وقت ومالا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لأنه تبع الهواء ، وهذا مذهب الشافعي واللائق بمذهب أحمد صحته ، لأن الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة إذ لم يكن إلى العلم به سبيل ؛ وذلك لدعاء الحاجة إليه ، وكونه لا يحتاج إلى تسليم . وهذا كذلك ، والهواء كالقرار في كونه مملوكاً لصاحبه ، لجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار .

(فصل)

وإن صالحه على إقرارها بجزء معلوم من ثمرها أو بثمرها كله ، فقد نقل الروذي وإسحاق بن إبراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال لا أدرى ، فيحتمل أن يصح ، ونحوه قال مكحول ، فإنه نقل عنه أنه قال : أيما شجرة ظلت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها ، ويحتمل أن لا يصح ، وهو قول الأكثرين وإليه ذهب الشافعي لأن العوض مجمول ، فإن الثمرة مجعولة وجزؤها مجمول ، ومن شرط الصلح العلم بالعوض ، ولأن المصالح عليه أيضاً مجمول ، لانه يزيد ويتغير على ما أسلفنا

ووجه الأول أن هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة إليه ، وفي القطع اتلاف لجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الامطار والصلح على الموارث الدارسة والحقوق المجعولة التي لا سبيل الى علمها ، ويقوى عندي أن الصلح هنا يصح بمعنى أن ككل واحد منهما يبيع صاحبه ما بذل له ، فصاحب الهواء يبيع صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وازالتها وصاحب الشجرة يبيعه ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع ، لأن البيع لا يصح بمعدوم ولا مجمول ، والثمره في حال الصلح معدومة مجعولة ولا هو لازم ، بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيما قاله ؛ لانه مجرد اباحة من كل واحد منهما لصاحبه لمجرى مجرى

قول كل واحد منهما لصاحبه : اسكن دارى واسكن دارك من غير تقدير مدة .
ولا ذكر شروط الاجارة ، أو قوله أبحتك الاكل من ثمرة بستانى فأبحنى الاكل
من ثمرة بستانك . وكذلك قوله : دعنى أجرى فى أرضك ماء ولك أن تسقى به
ما شئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بالاولى ، فإن هذا مما تدعو الحاجة اليه
كثيراً ، وفى الزام القطع ضرر كبير واتلاف أموال كثيرة ، وفى الترك من غير رفع
يصل الى صاحب المراء ضرر عليه ، وفيما ذكرناه جمع بين الامرين ونظر للفريقين
وهو على وفق الاصول فكان أولى

(فصل) وكذلك الحكم فى كل ما امتد من عروق شجرة انسان الى أرض جاره
سواء أرت ضرراً مثل تأثيرها فى المصانع وطى الآبار وأساس الحيطان أو منعها
من ثبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم يؤثر ، فإن الحكم فى قطعه والصالح
عليه كالحكم فى الفروع ، الا أن العروق لا تثمر لها ، فإن اتفقا على أن ما نبت من
عروقها لصاحب الارض ، أو جزء معلوم منه فهو كالصالح على الثمر فيما ذكرنا ،
فعلى قولنا اذا اصطلاحا على ذلك قضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها الى
الى صاحب الارض فعليه أجر المثل ، لانه انما تركه فى أرضه لهذا ، فلما لم يسلمه له
رجع بأجر المثل كما لو بذلها بعوض فلم يسلم له . وكذلك الحكم فيمن مال حائطه الى
هواه ملك غيره أو ذلق من أخشابه الى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرناه

(فصل)

وإذا صالحه على المؤجل بدمنه حالاً لم يجز ، كرهه زيد بن ثابت وابن عمر .
وقال : منهم عمر أن تباع العين بالدين ، وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن
والشعبي ومالك والشافعي والثوري وابن عيينة وهشيم وأبو حنيفة وإسحاق .
وروي عن ابن عباس والنخعي وابن سيرين أنه لا بأس به . وعن الحسن وابن
سيرين أنها كانا لا يريان بأساً بالعروض أن يأخذها من حقه قبل حله لانهما تبايعا
العروض بما فى الذمة ، فصح كما لو اشتراها بثمن مثلاً ، ولعل ابن سيرين يحتاج بأن
التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز ، فجاء الجمع بينهما كما لو فعلاً ذلك من
غير مواطاة عليه .

ولنا أنه يبذل القدر الذى يحطه عوضاً عن تعجيل ما فى ذمته وبيع الحلول

والتأجيل لا يجوز ، كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة ، ولأنه يبيعه عشرة بعشرين فلم يجوز كما لو كانت معينة . ويفارق ما إذا كان عن غير مواطاة ولا عقد ، لأن كل واحد منهما متبرع يذلل حقه من غير عوض ، ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشركة كبيع درهمين ، ويفارق ما إذا اشترى العروض بشمن مثلها لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضا : فأما إن صالحه على ألف حالة بنصفها مؤجلا ، فإن فعل ذلك اختياراً منه وتبرعا به صح الإسقاط ولم يلزم التأجيل ، لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا فيما مضى والإسقاط صحيح ، وإن فعله لمنعه من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط شيء أيضا على ما ذكرنا في أول الباب . وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين أصحهما لا يصح ، وما ذكرنا من التفصيل أولى إن شاء الله تعالى

(فصل) ويصح الصلح عن المجهول ، سواء كان عينا أو دينا إذا كان عما لا سبيل إلى معرفته . قال أحمد في الرجل يصلح على الشيء فإن علم أنه أكث منه لم يجوز إلا أن يوقفه عليه ، إلا أن يكون مجهولا لا يدرى ما هو ، ونقل عنه عبد الله : إذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنا ، فإن عرف قيمة دقيق الحنطة ودقيق الشعير بيع هذا وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله إلا أن يصطلحا على شيء ويتحالا . وقال ابن أبي موسى : الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا بينة لها به ولا علم لها ولا لغيره بمبلغه ، وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح بينهما . وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز أن يصلح عليه ، وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا بينة له أو لا علم له . ويقول القاضية : إن كان لي عليك حق فأنت في حل منه ، ويقول الدافع : إن كنت أخذت مني أكثر من حقك فأنت منه في حل . وقال الشافعي : لا يصح الصلح على مجهول لأنه فرع البيع ، ولا يصح البيع على مجهول

ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في رجلين اختصما في موارث درست استهما وتوخيا وليحل أحدهما صاحبه ، وهذا صلح على

المجهول ، ولأنه إسقاط حق ، فصح في المجهول كالتحاق والطلاق ، ولأنه إذا صح الصلح مع العلم ، وإمكان أداء الحق بعينه ، فلأن يصح مع الجهل أولى ، وذلك لأنه إذا كان معلوما فلها طريق إلى التخلص ، وبرائة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك ، فلو لم يجوز الصلح أفضى إلى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منها قدر حقه منه ، ولا نسلم كونه بيعاً ولا فرع بيع ، وإنما هو إبراء ، وإن سلمنا كونه بيعاً ، فإنه يصح في المجهول عند الحاجة . بليل بيع أساسات الحيطان وطى الابار وما مأكوله في جوفه ، ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها ، فقال صاحب الطعام لمتلفه : بعثك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم ، أو بهذا الثوب صح .

إذا ثبت هذا فإن كان العوض في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ، ولا سبيل الى معرفته كالمختصمين في موارث دارسة وحقوق سائلة أو في أرض أو عين من المال لا يعلم كل واحد منها قدر حقه منها صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرناه من الخبر والمعنى ، وإن كان مما يحتاج الى تسليمه لم يجوز مع الجهالة ، ولا بد من كونه معلوماً ، لأن تسليمه واجب والجهالة تمنع التسليم وتقضى الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح .

(فصل) فأما ما يمكنها معرفته . كتركة موجودة ، أو يعلبه الذي هو عليه ويجعله صاحبه ، فلا يصح الصلح عليه مع الجهل ، قال أحمد : ان صولحت امرأة من ثمنها لم يصح ، واحتج بقول شريح : أيما امرأة صولحت من ثمنها لم يتبين لها ما ترك زوجها ، فهي الريبة كلها ، قال : وان ورث قوم مالا ودوراً وغير ذلك فقالوا لبعضهم : نخرجك من الميراث بألف درهم : أكره ذلك ، ولا يشتري منها شيء ، وهي لا تعلم لعلمها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ، ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ما هو ، وإنما يصالح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ، ولا يدري ما هو حساب بينهما فيصالحه أو يكون رجل يعلم ماله على رجل والاخر لا يعلمه فيصالحه ، فأما إذا علم فلم يصالحه إنما يريد بهضم حقه ويذهب به ، وذلك لأن الصلح إنما جاز مع الجهالة للحاجة اليه لإبراء الذمم وإزالة الخصام ، فمع إمكان العلم لا حاجة الى الصلح مع الجهالة : فلم يصح كالبيع .

(فصل)

ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز . فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ، وممّ صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دية أو أقل جاز ، وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدية بن خشرم سبع ديات ، فأبى أن يقبلها ؛ ولأن المال غير متعين ، فلا يقع العوض في مقابلته ، فأما إن صالح عن قتل الخطأ بأكثر من دية من جنسها لم يجز ، وكذلك لو أتلف عبداً أو شيئاً غيره ، فصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها لم يجز ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يجوز ؛ لأنه يأخذ عوضاً عن المتلف ، لحاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك .

ولنا : أن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدرة ، فلم يجز أن يصالح عنها بأكثر منها من جنسها ، كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع ، ولأنه إذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها ، فيكون أنكل مال بالباطل ، فأما إن صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز ، لأنه بيع ، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل .

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالأتلاف بمائة مؤجلة لم يجز ، وكانت حالة ؛ وبهذا قال الشافعى . وعن أحمد . يجوز ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة لحاز ، كما لو باعه إياه .

ولنا أنه إنما يستحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة . والحال لا يتأجل بالتأجيل ، وإن جعلناه بيعاً فهو بيع دين بدين . وبيع الدين بالدين غير جائز .

(فصل) ولو صالح عن القصاص بعبد نخرج مستحقاً رجع بقيمته في قولهم جميعاً ، وإن خرج حراً فكذلك ، وبه قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يرجع بالدية ، لأن الصلح فاسد ، فرجع بذل ما صالح عنه وهو الدية .

ولنا أنه تعذر تسليم ما جعله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقاً .

(فصل) ولو صالح عن دار أو عبد بعوض فوجد العوض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صالح عنه ، أو بقيمته إن كان تالفاً ، لأن الصلح ههنا بيع في

الحقيقة . فاذا تبين أن العوض كان مستحقا أو حرا كان البيع فاسدا ، فرجع فيما كان له ، بخلاف الصالح عن القصاص ، فانه ليس يبيع ، وإنما يأخذ عوضا عن اسقاط القصاص ، ولو اشترى شيئا فوجده معيبا فصالحه عنه بعبد فبان مستحقا أو حرا رجع بأرش العيب ولو كان البائع امرأة فزوجته نفسها عوضا عن أرش العيب فزال العيب ، رجعت بأرشه لا بمهر المثل ، لانها رضيت ذلك مهرأ لها .
(فصل) ولو صالحه عن القصاص بغير تعلمان حرته أو عبد يعلمان أنه مستحق ، أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية ، وبما صالح عنه ، لان الصالح ههنا باطل يعلمان بطلانه ، فكان وجوده كعدمه .

(فصل) إذا صالح رجلا على موضع قناة من أرضه يجرى فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز ، لأن ذلك بيع موضع من أرضه ، ولا حاجة إلى بيان عمقه ، لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه ، فله أن يترك فيه ما شاء ، وإن صالحه على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها ، فهذا إجارة للأرض فيشترط تقدير المدة ، لأن هذا شأن الاجارة ، فإن كانت الأرض في يد رجل بإجارة جاز له أن يصالح رجلا على إجراء الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تتجاوز مدة إجارته ، وإن لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك ، لأنه لا يجوز إحداث ساقية في أرض في يده بإجارة ، فأما إن كانت الأرض في يده وقفا عليه فقال القاضي : هو كالمستأجر له أن يصالح على إجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة ، وليس له أن يحفر فيها ساقية ، لأنه لا يملكها إنما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة سواء ، وهذا كله مذهب الشافعي ، والاولى : أنه يجوز له حفر الساقية ، لان الأرض له ، وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم يتقل الملك فيها إلى غيره ، بخلاف المستأجر . فإنه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا أذن له في الحفر ، فإن مات الموقوف عليه في أثناء المدة ، فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة ؟ على وجهين ، بناء على ما إذا آجره مدة فمات في أثناءها ، فإن قلنا : له فسخ الصلح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذي صالحه بفسخ ما بقي من المدة ، وإن قلنا : ليس له الفسخ رجع من انتقل إليه الوقف على الورثة .

(فصل)

وإن صالح رجلا على إجراء ماء سطحه من المطر على سطحه ، أو في أرضه عن سطحه ، أو في أرضه عن أرضه جاز ، إذا كان ما يجري ماء معلوماً أما بالمشاهدة وأما بمعرفة المساحة ، لأن الماء يختلف بصغر السطح وكبره ، ولا يمكن ضبطه بغير ذلك ، ويشترط معرفة الموضع الذي يجري منه الماء إلى السطح ، لأن ذلك يختلف ولا يفترق إلى ذكر مدة ، لأن الحاجة تدعو إلى هذا ، ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر كما في النكاح ، ولا يملك صاحب الماء مجراه لأن هذا لا يستوفي به منافع المجرى دائماً ، ولا في أكثر المدة ، بخلاف الساقية ، ويختلفان أيضاً في أن الماء الذي في الساقية لا يحتاج إلى ما يقدر به لأن تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية فإنه لا يملك أن يجري فيها أكثر من ماؤها والماء الذي على السطح يحتاج إلى معرفة مقدار السطح لأنه يجري منه القليل والكثير ، وإن كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجراً أو عارية مع انسان لم يجز أن يصالح على إجراء الماء عليه ، لأنه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة ، فإن الأرض لا تتضرر به : وإن كان ماء السطح يجري على أرض احتمل أن لا يجوز له الصلح على ذلك : لأنه إن احتاج إلى حفر لم يجز له أن يحفر أرض غيره ، ولأنه يجعل لغير صاحب الأرض رسماً ، فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها ، واحتمل الجواز إذا لم يحتاج إلى حفر ولم تكن فيه مضرة ، لأنه بمنزلة إجراء الماء في ساقية محفورة ، ولا يجوز إلا مدة لا تزيد على مدة إجارته ، كما قلنا في إجراء الماء في الساقية ، والله أعلم .

(فصل) وإذا أراد أن يجري ماء في أرض غيره لغير ضرورة لم يجز إلا بإذنه وإن كان لضرورة ؛ مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له إلا أرض جاره ؛ فهل له ذلك ؟ على روايتين .

أحدهما : لا يجوز ، لأنه تصرف في أرض غيره بغير إذنه فلم يجز ، كما لو لم تدع إليه ضرورة . لأن مثل هذه الحاجة لا يبيع مال غيره ، بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها . ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة .

والاخرى : يجوز . لما روى « أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك : لم تمنعني وهو منفع لك . تشربه أولاً وآخرأ ، ولا يضرك ؟ فأبى محمد . فكلّم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يغلي سبيله ، فقال محمد : لا والله . فقال له : لم تمنع أخاك ما نفعه ، وهو لك نافع . تشربه أولاً وآخرأ ؟ فقال محمد : لا والله . فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ففعل ، رواه مالك في موطنه وسعيد في سننه ، والاول أقيس ، وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة ، وهو موافق للأصول ، فكان أولى .

(فصل) وإن صالح رجلا على أن يسقي أرضه من نهر الرجل يوما أو يومين أو من عينه ، وقدره بشيء يعلم به فقال القاضى : لا يجوز . لأن الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه ، فلا يجوز الصلح عليه ، ولأنه مجهول ، قال : وإن صالحه على سهم من العين أو النهر ، كالثلث أو الربع جاز . وكان يباع للقرار ، والماء تابع له ، ويحتمل أن يجوز الصلح على السقي من نهره وقتائه . لأن الحاجة تدعو الى ذلك والماء بما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة ، بدليل ما لو أخذه في قربته أو أئامته ، ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه ، بدليل الصلح عن دم العمد وأشباهه . والصلح على المجهول .

(فصل) ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه ؛ مثل أن يصالح امرأة لتقر بالزوجية . لأنه صلح يحل حراما ؛ ولأنها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يجز ، وإن دفعت اليه عوضاً عن هذه الدعوى ليكف عنها ففيه وجهان .

أحدهما : لا يجوز . لأن الصلح في الإنكار إنما يكون في حق المنكر لا فداء اليين ؛ وهذه لا يمين عليها . وفي حق المدعى بأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه . وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له . وإنما أجاز الخلع للحاجة الى افتداء نفسها .

والثاني : يصح . ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لأن المدعى بأخذ عوضا عن حقه

من النكاح ، فجاز كعوض الخلع ، والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره ، وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ، ولأنها مشروعة في حقها في إحدى الروايتين ، ومتى صالحته على ذلك ثبتت الزوجية بإقرارها أو ببيئته

فإن قلنا : الصلح بائناً فالنكاح باق بحاله ، لأنه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع ، وإن قلنا : هو صحيح احتمل ذلك أيضاً ، ولذلك احتمل أن تبين منه بأخذ العوض ، لأنه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعاً ، كما لو أقرت له بالزوجية فخالعها ، ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثاً فصالحها على مال لنزل عن دعواها لم يجوز ، لأنه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره وإن دفعت إليه مالا ليقر بطلاقها لم يجوز في أحد الوجهين ، وفي الآخر : يجوز ، كما لو بذلت له عوضاً ليطلقها ثلاثاً .

فصل

وإن ادعى على رجل أنه عبده فأنكره فصالحه على مال ليقر له بالعبودية لم يجوز لأنه يحل حراماً ، فإن إرقاق الحر نفسه لا يحل بعوض ولا بغيره ، وإن دفع إليه المدعى عليه مالا صالحاً عن دعواه صح ، لأنه يجوز أن يعتق عبده بمال ، ويشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة إليه ، ولو ادعى على رجل ألفاً فأنكره ، فدفع إليه شيئاً ليقر له بالألف لم يصح ، فإن أقر لزمه ما أقر به ويرد ما أخذه ، لأنه تبين بإقراره كذبه في إنكاره ، وأن الألف عليه فيلزمه أدائه بغير عوض ، ولا يحل له أخذ العوض عن أداء الواجب عليه ، وإن دفع إليه المنكر مالا صالحاً عن دعواه صح ، وقد مضى ذكره .

(فصل) ولو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه لم يصح ، لأنه لا يخلو من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به ككيدن آدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها : فلا يجوز كتمانها ، ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك ، كما لا يجوز أخذ العوض على شرب الخمر وترك الصلاة .
الثاني : أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بالزور ، فهذا يجب عليه ترك ذلك

ويحرم عليه فعله ، فلا يجوز أخذ العوض عنه كما لا يجوز أن يصالحه على أن لا يقتله ولا يغصب ماله .

الثالث : أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حدا كالزنا والسرقة فلا يجوز أخذ العوض عنه ، لأن ذلك ليس بحق له ؛ فلم يجز له أخذ عوضه كسائر ما ليس بحق له ، ولو صالح السارق والزاني والشارب بمال على أن لا يرفعه الى السلطان لم يصح الصلح لذلك ، ولم يجز له أخذ العوض ، وإن صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح ؛ لانه ان كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه ، لكونه ليس بحق له ، فأشبه حد الزنا والسرقة ، وإن كان حقا له لم يجز الاعتياض عنه لكونه حقا ليس بمالي ، ولهذا لا يسقط الى بدل بخلاف القصاص ، ولأنه شرع لتزويه العرض ، فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمال ؛ وهل يسقط الحد بالصلح فيه وجهان مبنيان على الخلاف في كونه حقا لله تعالى أو حقا لأدى ، فإن كان حقا لله تعالى لم يسقط بصلح الأدى ولا إسقاطه ، كحد الزنا والسرقة ، وإن كان حقا لأدى سقط بصلحه وإسقاطه ، مثل القصاص ، فإن صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح ، لأنه حق شرع على خلاف الأصل لدفع ضرر الشركة فإذا رضى بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد القذف ، إلا أنه يسقط ههنا وجهها واحداً ، لكونه حقا لأدى .

(فصل)

ولا يجوز أن يشرع الى طريق نافذ جناحا ؛ وهو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة في الطريق ، سواء كان ذلك يضر في العادة بالمارة أو لا يضر ، ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطا بطريق الأولى ، وهو المستوفى لهواء الطريق كله على حائطين ، سواء كان الحائطان ملكه أو لم يكونا وسواء أذن الإمام في ذلك أو لم يأذن .

وقال ابن عقيل : ان لم يكن فيه ضرر جاز بأذن الإمام ، لأنه نائبهم ، فجرى إذنه مجرى أذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ ، وقال أبو حنيفة : يجوز من ذلك ما لا ضرر فيه ، وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه .

وقال مالك والشافعي والأوزاعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد : يجوز ذلك

إذا لم يضر بالمارة ، ولا يملك أحد منعه ، فإنه ارتفق بما لم يتعين ملك أحد فيه من غير مضرة ، فكان جائزاً كالشيء في الطريق والجلوس فيها ، واختلفوا فيما لا يضر فقال بعضهم : إن كان في شارع تمر فيه الجيوش والاحمال ، فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورجحه منصوب لا يبلغه ، وقال أكثرهم : لا يقدر بذلك : بل يكون بحيث لا يضر بالعاريات والمحامل .

ولنا أنه بناء في ملك غيره بغير إذنه فلم يجوز ، كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير إذن أهله : ويفارق المرور في الطريق ، فإنها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه ، فإنه يظلم الطريق ويسد الضوء ، وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء ، وقد تعلق الأرض بمرور الزمان فيصدم رموس الناس ، ويمنع مرور الدواب بالاحمال ، ويقطع الطريق الا على الماشي ، وقد رأينا مثل هذا كثيراً ، وما ينفى الى الضرر في ثانی الحال يجب المنع منه في ابتدائه ، كما لو أراد بناء حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها ، وعلى أبي حنيفة : أنه بناء في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجوز ، فلم يجوز بغير إذنهم كما لو أخرجه إلى هراء دار مشتركة ، وذلك لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه . وإن كان ساكننا كما لا يجوز إذا منع منه .

(فصل) ولا يجوز أن يبنى في الطريق دكانا بغير خلاف نعليه ، سواء كان الطريق واسعا أو غير واسع ، سواء أذن الإمام فيه أو لم يأذن ، لانه بناء في ملك غيره بغير إذنه ، ولأنه يؤذى المارة بضيق عليهم ويؤثر به العائر ، فلم يجوز كما لو كان الطريق ضيقا

(فصل)

ولا يجوز أن يبنى دكانا ولا يخرج روشنا ولا ساباطا على درب غير نافذ إلا بإذن أهله ، وهذا قال الشافعي إذا لم يكن له في الدرب باب ، وإن كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه ، فمنهم من منعه أيضا ، ومنهم من أجاز له إخراج الجناح والساباط ، وإن له في الدرب استطرعا ، فذلك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ . ولنا أنه بناء في هراء ملك قوم معينين ، أشبه ما لو لم يكن له فيه باب ، ولا نسلم الأصل الذي قاسوا عليه : فأما أن أذن أهل الدرب فيه جاز ، لأن الحق لهم ،

فجاز بإذنتهم كما لو كان المالك واحداً ، وإن صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم جاز ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي : لا يجوز ، لأنه بيع للهواء دون القرار ولنا أنه يبنى فيه بإذنتهم فجاز ، كما لو أذنوا له بغير عوض ، ولأنه ملك لهم ، فجاز لهم أخذ عوضه كالقرار :

إذا ثبت هذا فإنما يجوز بشرط كون ما يخرج منه معلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم : فيما إذا أخرجته إلى ملك إنسان معين لا يجوز بغير إذنه ، ويجوز بإذنه بعوض وبغيره إذا كان معلوم المقدار . والله أعلم .

(فصل)

ولا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بئراً لنفسه ، سواء جعلها ماء المطر أو ليستخرج منها ما ينتفع به ولا غير ذلك : لما ذكرناه من قبل ، وإن أراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق ، مثل أن يحفرها ليستقي الناس من مائها ويشرب منه المارة ، أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا ، فإن كان الطريق ضيقاً أو يحفرها في عمر الناس بحيث يخاف سقوط إنسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم عمرهم لم يجوز ذلك ، لأن ضررها أكثر من نفعها ؛ وإن حفرها في زاوية في طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز ، لأن ذلك نفع بلا ضرر ؛ فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها .

فأما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز إلا بإذن أهله ، لأن هذا ملك لقوم معينين ، فلم يجوز فعل ذلك بغير أذنتهم ، كما لو فعله في بستان إنسان ، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز ، سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء لنفسه أو حفرها للسبيل ونفع الطريق ، وكذلك إن فعل ذلك في ملك إنسان معين .

(فصل) ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم ، ولا يجوز إخراجها إلى درب نافذ إلا بإذن أهله ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : يجوز إخراجها إلى الطريق الأعظم ، لأن عمر رضي الله عنه « اجتاز على دار العباس وقد نصب ميازيباً إلى الطريق فقلعه ، فقال العباس : تقلعه وقد نصبه رسول الله (ص) يده

فقال : والله لا نصبته الا على ظهري ، وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه ، وما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فلغيره فعله ، ما لم يقم دليل على اختصاصه به ، ولأن الحاجة تدعو الى ذلك ولا يمكنه رد مائه الى الدار ، ولأن الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الاسلام من غير تكبر .

ولنا أن هذا تصرف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه فلم يجوز ، كما لو كان الطريق غير نافذ ، ولأنه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز ، كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ، ولا يخفى ما فيه من الضرر ، فان ماءه يقع على المسارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين ، والحديث قضية في عين ، فيحتمل أنه كان في درب غير نافذ ، أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل أن يجوز ذلك ، لأن الحاجة داعية اليه والعادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور .

فصل

ولا يجوز أن يفتح في الحائط المشترك طاقا ولا بابا الا باذن شريكه ، لأن ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به ، ولا يجوز أن يغرز فيه وتد ولا يحدث عليه حائطا ولا يستره ، ولا يتصرف فيه نوع تصرف ، لأنه تصرف في الحائط بما يضر به فلم يجوز كمنقصه ، ولا يجوز له فعل شيء من ذلك في حائط جاره بطريق الأولى ، لأنه اذا لم يجوز فيما له فيه حق ، ففيا لا حق له فيه أولى ، وان صالحه عن ذلك بعوض جاز ، وأما الاستناد اليه وأسناد شيء لا يضره اليه فلا بأس به ، لأنه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه ، أشبه الاستئلال به .

(فصل) فأما وضع خشبه عليه فان كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله لم يجوز بغير خلاف نعله ، لما ذكرنا ، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وان كان لا يضر به الا أن به غنية عن وضع خشبه عليه لإمكان وضعه على غيره ، فقال أكثر أصحابنا : لا يجوز أيضا ، وهو قول الشافعي وأبي ثور ، ولأنه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير حاجة فلم يجوز كبناء حائط عليه ، وأشار ابن عقيل الى جوازه ، لما روى أبو هريرة أن رسول الله (ص)

قال « لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره ، متفق عليه . ولأن ما أبيح للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة ، كأخذ الشقص بالشفعة من المشتري ، والفسخ بالخيار أو بالعيب واتخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك ، فأما إن دعت الحاجة إلى وضعه على حائط جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه ، فإنه يجوز له وضعه بغير إذن الشريك . وبهذا قال الشافعي في القديم . وقال في الجديد : ليس له وضعه ، وهو قول أبي حنيفة ومالك لأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعتة ولنا الخبر ولأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به ، أشبه الاستناد إليه والاستغلال به ، ويفارق الزرع فإنه يضر ولم تدع إليه حاجة .

إذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له ثلاثة حيطان ولجاره حائط واحد . وليس هذا في كلام أحمد ، إنما قال في رواية أبي داود : لا يمنعه إذا لم يكن ضرر وكان الحائط يبق ، ولأنه قد يمنع التسقيف على حائطين إذا كانا غير متقابلين ، أو كان البيت واسعا يحتاج إلى أن يجعل عليه جسراً ، ثم يضع الخشب على ذلك الجسر ، والأولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه ، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم : والمجنون والعاقل لما ذكرنا ، والله أعلم

(فصل) فأما وضعه في جدار المسجد إذا وجد الشرطان فعن أحمد فيه روايتان أحدهما الجواز ، لأنه إذا جاز في ملك الجار مع أن حقه مبنى على الشئ والضيق ، ففي حقوق الله تعالى المبنية على المساحة والمساهلة أولى والثانية لا يجوز ، نقلها أبو طالب ، لأن القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه ، فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس ، وهذا اختيار أبي بكر ، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للمنع من وضع الخشب في ملك الجار ، لأنه إذا امتنع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين ، وللاوضاع فيه حق ، فلأن يمنع من الملك المخصص بغيره أولى ، ولأنه إذا منع في حق الله تعالى مع أن حقه على المساحة والمساهلة لغنى الله تعالى وكرمه ، فلأن يمنع في حق آدمي مع شحه وضيقه أولى ، والمذهب الأول

فإن قيل . فلم لا يتميزون فتح الطاق والباب في الحائط بالقياس على وضع الخشب ؟ قلنا لأن الخشب يسلك الحائط وينفعه ، بخلاف الطاق والباب فإنه يضعف الحائط لأنه يبقى مفتوحا في الحائط ، والذي يفتحه الخشبة يسده بها ، ولأن وضع الخشب تدعو الحاجة إليه بخلاف غيره

(فصل)

ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال بسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه ، لأن السبب المجوز لوضعه مستمر ، فاستمر استحقاق ذلك ، وإن زال السبب ، مثل أن يخشى على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزوال السبب المبيح ، وإن خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لزم ازالته ، لأنه يضر بالمالك ويحول الخشب ، وإن لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم يلزم ازالته ، لأن في ازالته ضررا بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط في ابقائه ، بخلاف ما لو خشى سقوطه .

فصل . ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اعارته ولا اجارته لانه انما كان له ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ، ولا حاجة له الى وضع خشب غيره فلم يملكه . وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للباك ولا لغيره ، لأنه أبيع له من حق غيره لحاجته ، فلم يجوز له ذاك فيه : كطعام غيره اذا أبيع له من أجل الضرورة ، ولو أراد صاحب الحائط اعادة الحائط أو اجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذاك ، لانه وسيلة الى منع ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه ، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تفويت الحق ، وإن احتاج الى هدمه للخوف من انهدامه أو لتحويله الى مكان آخر أو لغرض صحيح مأك ذلك ، لأن صاحب الخشب انما يثبت حقه للإرقاق به مشروطا بعدم الضرر لصاحب الحق ، فتنى أفضى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه .

(فصل) وإذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع ستره عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز . فإذا فعل ما أذن له فيه صارت العارية لازمة ، فإذا رجع المعير فيها لم يكن له ذلك ولم يلزم

المستعير إزالة ما فعله ، لأن اذنه اقتضى البقاء والدوام وفي القلع اضرار به ، فلا يملك ذلك المعير ، كما لو أعاره أرضا للدفن والغراس لم يملك المطالبة بنقل الميت والغراس بغير ضمان ، وإن أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يكن له ذلك ، لأن المستعير قد استحق تبقية الخشب عليه ولا ضرر في تبقيته ؛ وإن كان مستهدما فله نقضه وله على صاحب البناء والخشب ازالته ، وإذا أعيد الحائط لم يملك المستعير رد بنائه وخشبه الا بإذن جديد ، سواء بناه بآلته أو غيرها وهكذا لو قلع المستعير خشبا أو سقط بنفسه لم يكن له رده الا بإذن مستأنف ، لأن المنع من القلع إنما كان لما فيه من الضرر ؛ وههنا قد حصل القلع بغير فعله فأشبه ما لو كان في الأرض شجرة فانقلع . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي

وقالوا في الآخر : له ذلك لانه قد استحق بقاء ذلك على التأيد وليس كذلك ، فإنه إنما استحق الإبقاء ضرورة دفع ضرر القلع ، وقد حصل القلع ههنا فلا يبقى الاستحقاق ، وإن قلع صاحب الحائط ذلك عدوانا كان للآخر اعادته لانه أزيل بغير حق تعديا ممن عليه الحق فلم يسقط الحق عنه بعدوانه ، وإن أزاله أجنبي لم يملك صاحبه اعادته بغير إذن المالك ، لأنه زال بغير عدوان منه ، فأشبه ما لو سقط بنفسه

(فصل) وإن أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز ، سواء كان إجارة في مدة معلومة أو صلحا على وضعه على التأيد ، ومضى زال فله اعادته ، سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك ، لانه استحق ابقائه بعوض ويحتاج الى أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك ، والآلات من الطين واللبن والأجر وما أشبه ذلك ، لأن هذا كله يختلف فيحتاج الى معرفته ، وإذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الإجارة سقوطا لا يعود انفسخت الإجارة فيما بقي ورجع من الاجرة بقسط ما بقي من المدة . وإن أعيد رجع من الاجرة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه ، وإن صالحه مالك الحائط على رفع بنائه أو خشبه بشيء معلوم جاز . كما يجوز الصلح على وضعه . سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر . لأن هذا عوض عن المنفعة المستحقة له . وكذلك لو كان له مسيل ماء في أرض غيره

أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز ،
وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشئ على أن لا يعيده جاز ، لأنه
لما جاز أن يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه ، لان الصلح يبيع

فصل في

واذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه
فتى زال فله اعادته ، لان الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره : فلا يزول
هذا الظاهر حتى يعلم خلافه ، وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره أو مجرى
ماء سطحه على سطح غيره وما أشبه هذا فهو له ، لأن الظاهر أنه له بحق مجرى
ذلك مجرى اليد الثابتة ، وإذا اختلفا في ذلك ، هل هو بحق أو بعدوان ؟ فالقول
قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه ، لان الظاهر معه

(فصل) وإذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر
ثم صالحه عما أقر له بعوض صح الصلح ولا أخيه الاخذ بالشفعة ، ويحتمل أن
يفرق بين ما اذا كان الانكار مطلقاً وبين ما اذا قال : هذه لنا ورثناها جميعاً عن
أبينا أو أخينا ، فيقال اذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة ، وان قال
ورثناها عن أبينا فلا شفعة له ، لان المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقر لم يزل
وأن الصلح باطل ، فيؤخذ بذلك ولا يستحق به شفعة

ووجه الاول أن الملك ثبت للدعى حكماً ، وقد رجع الى المقر بالبيع ، وهو
معترف بأنه يبيع صحيح فتثبت فيه الشفعة ، كما لو كان الانكار مطلقاً ، ويجوز أن
يكون انتقل نصيب المقر الى المدعى ببيع أو هبة أو سبب من الاسباب ، فلا يتنافى
انكار المنكر واقرار المقر ، كحالة اطلاق الانكار . وهذا أصح

مسألة ، قال (وإذا تداعى نفسان جداراً معقوداً بينهما كل واحد منهما تحالفاً
وكان بينهما . وكذلك ان كان محلولاً من بناءهما ، وان كان معقوداً بينهما أحدهما
كان له مع يمينه)

وجملة ذلك أن الرجلين اذا تداعيا حائطا بين ملكيهما وتساويا في كونه
معقوداً بينهما معاً ، وهو أن يكون متصلًا بهما اتصالاً لا يمكن احداثه بعد بناء

الحائط ، مثل اتصال البناء بالطين ، كهنه الفطائر التي لا يمكن أحداث اتصال بعضها ببعض أو تساويها في كونه محلولاً من بنائهما ، أى غير متصل بينهما الاتصال المذكور ، بل بينهما شق مستطيل ، كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى ؛ فإن لم يكن لواحد منهما بيئة تحالفا ، فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط أنه له ، ويجعل بينهما نصفين لأن كل واحد منهما يده على نصف الحائط . لكون الحائط في أيديهما ، وإن حلف كل واحد منهما على جميع الحائط أنه له وما هو لصاحبه جاز وهو بينهما ، وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً ، وذلك لأن المختلفين في العين إذا لم يكن لواحد منهما بيئة فالقول قول من هي في يده مع يمينه ، فإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها ، فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه ، وإن كان لأحدهما بيئة حكم له بها ، وإن كان لكل واحد منهما بيئة تعارضتا وصارا كمن لا بيئة لهما . فإن لم يكن لهما بيئة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان . وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى على الناكل فكان الكل للآخر . وإن كان الحائط متصلاً بينهما أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال أبو ثور : لا يرجع بالعقد ولا ينظر إليه

ولنا أن الظاهر أن هذا البناء بني كله بناء واحداً . فإذا كان بعضه لرجل كان بقية له والبناء الآخر المحلول الظاهر أنه بني وحده . فانه لو بني مع هذا كان متصلاً به فالظاهر أنه لغير صاحب هذا الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجع بهذا كالكيد والازج . فإن قيل : فلم لم تجعلوه له بغير يمين لذلك ؟

قلنا لأن ذلك ظاهر وليس بيقين ، إذ يحتمل أن يكون أحدهما بني الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائطه . أو كان له فوهبه إياه أو بناءه بأجرة . فشرعت اليمين من أجل الاحتمال ، كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين فأما أن كان معقوداً بينهما أحدهما عقداً يمكن أحداثه مثل البناء بالابن والأجر فانه يمكن أن ينزع من الحائط المبني نصف لينة أو آجرة . أو يجعل مكانها لينة صحيحة أو آجرة صحيحة تعقد بين الحائطين . فقال القاضي لا يرجع بهذا لاحتمال أن يكون

صاحب الحائط فعل هذا لئتملك الحائط المشترك . وظاهر كلام الحرقى أنه يرجح بهذا الاتصال . كما يرجح بالاتصال الذى لا يمكن احداه . لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه . بنزع أجره وتغيير بنائه وفعل ما يدل على ملكه فوجب أن يرجح بهذا كما يرجح باليد . فانه يمكن أن تكون يدأ عادية حدث بالنصب أو بالسرقة أو العارية أو الاجارة . فلم يمنع ذلك الترجيح بها

(فصل)

فان كان لاحدهما عليه بناء كحائط مبنى عليه أو عقد معتمد عليه أو قبة ونحوها فهو له . وبهذا قال الشافعى . لان وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة عليه لكونه متنفعا به . فجرى مجرى كون حمله على البهمة وزرعه فى الارض . ولان الظاهر أن الإنسان لا يترك غيره يبنى على حائطه . وكذلك ان كانت له عليه ستره ولو كان فى أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط ينفرد به . أحدهما أو له عليها أزج معقود فالحائط المختلف فيه له . لان الظاهر أن الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له

(فصل) فان كان لاحدهما خشب موضوع فقال أصحابنا : لا ترجع دعواه بذلك . وهو قول الشافعى لان هذا مما يسمع به الجار . وقد ورد الخبر بالنهى عن المنع منه . وعندنا أنه حق يجب التمكين منه فلم ترجع به الدعوى . كاستناد متاعه اليه وتخصيصه وتزويقه . ويحتمل أن ترجع به الدعوى . وهو قول مالك لانه منتفع به بوضع ماله عليه . فأشبهه البانى عليه والزارع فى الارض . وورود الشرع بالنهى عن المنع منه لا يمنع كونه دليلا على الاستحقاق . بدليل أنا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقا على الدوام حتى متى زال جازت اعادته . ولأن كونه مستحقا تشترط له الحاجة الى وضعه ففما لا حاجة اليه له منعه من وضعه . وأما السماح به فان أكثر الناس لا يتسامحون به . ولهذا لما روى أبو هريرة الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم طأطأوا رؤوسهم كراهة لذلك ، فقال : ما لى أراكم عنها معرضين ؟ والله لأرمين بها بين أكتافكم .

وأكثر الفقهاء لا يوجبون التمكن من هذا : ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريره : ولأن الحائط يبنى لذلك ؟ فيرجح به كالازج : وقال أصحاب أبي حنيفة : لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد ، لأن الحائط لا يبنى له ، ويرجح بالجذعين ، لأن الحائط يبنى لهما .

ولنا أنه موضوع على الحائط ، فاستوى في ترجيح الدعوى به قليله وكثيره كالبناء .

(فصل) ولا ترجح الدعوى بكون الدواخل إلى أحدهما والخارج ووجوه الأجر والحجارة ، ولا كون الأجرة الصحيحة مما يلي ملك أحدهما وأقطاع الأجر إلى ملك الآخر ، ولا بمعاقد القمط في الخوص ، يعني عقد الخيوط التي يشدها الخوص ، وهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال أبو يوسف ومحمد : يحكم به لمن إليه وجه الحائط ومعاقد القمط ، لما روى تمر بن حارثة التميمي عن أبيه ، أن قوماً اختصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم في خص ، فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم ، فحكم به لمن يليه معاقد القمط ، ثم رجع إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال : أصبت وأحسن ، رواه ابن ماجه : وروى نحوه عن علي ، ولأن العرف جار بأن من بنى حائطاً جعل وجه الحائط إليه .

ولنا عموم قوله عليه السلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ، ولأن وجه الحائط ومعاقد القمط إذا كانا شريكين فيه لا بد من أن يكون إلى أحدهما ، إذ لا يمكن كونه إليهما جميعاً فبطلت دلالة كالتزويق ، ولأنه يراد للزينة ، فأشبه التزويق ، وحديثهم لا يثبت أهل النقل ، وإسناده مجهول ، قاله ابن المنذر ، قال الشانجي : ذكرت هذا الحديث لأحمد فلم يقنعه ، وذكرته لإسحاق بن راهويه فقال : ليس هذا حديثاً ولم يصححه ؛ وحديث علي فيه مقال وما ذكروه من العرف ليس بصحيح ، فإن العادة جعل وجه الحائط إلى خارج إيراد الناس ، كما يلبس الرجل أحسن أثوابه أعلاها الظاهر للناس . ليروه فيتزين به ، فلا دليل فيه :

(فصل) ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتحسين ، ولا بكون أحدهما له على الأجر ستره غير مبنية عليه ؛ لأنه مما يتسامح به ويمكن إحداه .

(فصل) وإن تنازع صاحب العلو والسفل في حوائط البيت السفلا في نفى

لصاحب السفلى ، لأنه المنتفع بها ، وهى من جملة البيت فكانت لصاحبه . وإن تنازعا حوائط العلو فهى لصاحب العلو لذلك . وإن تنازعا السقف تحالفا وكان بينهما . وبهذا قال الإمام الشافعى . وقال أبو حنيفة : هو لصاحب السفلى . لأن السقف على ملكه . فكان القول قوله . كما لو تنازعا سرجا على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها . وحكى عن مالك : أنه لصاحب السفلى . وحكى عنه : أنه لصاحب العلو . لأنه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى إلا به .

ولنا أنه حازر بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما ، كالحائط بين المملكين . وقولهم : هو على ملك صاحب السفلى يبطل بحيطان العلو . ولا يشبه السرج على الدابة . لأنه لا ينتفع به غير صاحبها . ولا يراد إلا لها ، فكان فى يده . وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما لأنه سماء صاحب السفلى يظله . وأرض صاحب العلو تقفه . فاستويا فيه .

فصل

وإن تنازع صاحب العلو والسفلى فى الدرجة التى يصعد منها . فإن لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفلى ، كسلم مسمراً ، أو دكة فهى لصاحب العلو وحده . لأن له اليد والتصرف وحده . لأنها مصعد صاحب العلو لا غير ، والعرصة التى عليها الدرجة له أيضاً ، لانتفاعه بها وحده ، وإن كان تحتها بيت بنيت لأجله لتكون مدرجا للعلو فهى بينهما . لأن يديهما عليها . ولأنها سقف للسفلى وموطئ للفوقانى . فهى كالسقف الذى بينهما . وإن كان تحتها طاق صغير لم تبين الدرجة لأجله . وإنما جعل مرفقا يجعل فيه جب الماء ونحوه . فهى لصاحب العلو لأنها بنيت لأجله وحده . ويحتمل أن يكون بينهما . لأن يدهما عليها وانتفاعهما حاصل بها فهى كالسقف .

(فصل) ولو تنازعا مسقاة بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفا . وكانت بينهما . لأنها حازر بين ملكيهما . فهى كالحائط بين المملكين .

(فصل) إذا كان بينهما حائط مشترك فأنهم فطاب أحدهما أعادته وأبى الآخر . فهل يجبر الممتنع على أعادته ؟ قال القاضى : فيه روايتان :

إحدهما : يجبر . نقلها ابن القاسم وحرب وسندي ، قال القاضي : هي أصح وقال ابن عقيل : وعلى ذلك أصحابنا ، وبه قال مالك في إحدى روايته والشافعي في قديم قوله ، واختاره بعض أصحابه وصححه ، لأن في ترك بنائه إضراراً ، فيجبر عليه ، كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما وعلى التقض إذا خيف سقوطه عليها لقول النبي صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ، وهذا وشريكه يتضرران في ترك بنائه .

والرواية الثانية . لا يجبر . نقل عن أحمد ما يدل على ذلك ، وهو أقوى دليلاً ومذهب أبي حنيفة ، لأنه ملك لا حرمة له في نفسه ، فلم يجبر ماله على الإنفاق عليه كما لو انفرد به ، ولأنه بناء حائط فلم يجبر عليه كالأبتداء ، ولأنه لا يخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لحقيهما جميعاً ، لا يجوز أن يجبر عليه لحق نفسه ، بدليل ما لو انفرد به ولا لحق غيره كما لو انفرد به جاره ، فإذا لم يكن كل واحد منهما موجباً عليه فكذلك إذا اجتماعاً ، وفارق القسمة ، فإنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه ، والبناء فيه مضرة لما فيه من الغرامة وإنفاق ماله ، ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على إزالته بما فيه ضرر ، بدليل قسمة ما في قسمته ضرر : ويفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه ، لأنه يخاف سقوط حائطه على ما يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك ، ولهذا يجبر عليه ، وإن انفرد بالحائط بخلاف مسألتنا ، ولا نسلم أن في تركه إضراراً ، فإن الضرر إنما حصل بانهدامه ، وإنما ترك البناء ترك لما يحصل النفع به ، وهذا لا يمنع الإنسان منه ، بدليل حالة الابتداء ، وإن سلمنا أنه إضرار لكن في الإضرار إضرار ولا يزال الضرر بالضرر ، وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط ، أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع ، أو يكون معسراً ليس معه ما يبني به ، فيكلف الغرامة مع عجزه عنها ، فعلى هذه الرواية : إذا امتنع أحدهما لم يجبر ، فإن أراد شريكه البناء فليس له منعه منه ، لأن له حقاً في الحل ورسمياً ، فلا يجوز منعه منه ، وله بناءؤه بأنقاضه إن شاء ، وبناءؤه بآلة من عنده ، فإن بناه بآلته وأنقاضه فالحائط بينهما على الشركة ، كما كان ، لأن المنفق عليه إنما أنفق على النالف ، وذلك أثر لا عين يملكها ، وإن بناه بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة ، وله منع شريكه من

الانتفاع به ووضع خشبه ورسومه عليه لأن الحائط له ، وإذا أراد نقضه فإن كان بناء بآلته لم يملك نقضه ، لأنه ملكهما ، فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة عليهما ، وإن بناء بآلة من عنده فله نقضه لأنه ملكه خاصة ، فإن قال شريكه : أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر ، لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الإبقاء ، وإن أراد غير الباني نقضه أو أجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على الروايتين جميعا ، لأنه إذا لم يملك منعه من بنائه ، فلأن لا يملك إجباره على نقضه أولى ، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع ووضع خشب قال له : أما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي ووضع خشبي ، وأما أن تقلع حائطك لنعيد البناء بيننا ، فيلزم الآخر إجابه ، لأنه لا يملك ابطال رسومه وانتفاعه ببنائه ، وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الباني بالغرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك . لأنه إذا لم يجبر على البناء ، فأولى أن لا يجبر على الغرامة ، إلا أن يكون قد أذن في البناء والإتيان ، فيلزمه ما أذن فيه ، فأما على الرواية الأولى : فتي امتنع أجبره الحاكم على ذلك . فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه وإن لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك بإذن الحاكم ، أو أذن الشريك رجوع عليه متى قدر ، وإن أراد بناء لم يملك الشريك منعه ، وما أنفق : إن تبرع به لم يكن له الرجوع به ، وإن نوى الرجوع به ، فهل له الرجوع بذلك ؟ يحتمل وجهين ، بناء على ما إذا قضى دينه بغير اذنه ، وإن بناء لنفسه بآلته فهو بينهما ، وإن بناء بآلة من عنده فهو له خاصة . فإن أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع اليه شريكه نصف قيمته . فلا يكون له نقضه . لأنه إذا أجبر على بنائه . فأولى أن يجبر على إبقائه .

(فصل)

فإن لم يكن بين ملكيهما حائط قديم فطلب أحدهما من الآخر مباناته حائطا يحجز بين ملكيهما . فامتنع لم يجبر عليه رواية واحدة . وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلا في ملكه خاصة . لأنه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به . ولا في الملك المشترك بغير ما له فيه رسم . وهذا لا رسم له . ولا أعلم في هذا خلافا .

(فصل) فإن كان السفلى لرجل والعلو لآخر فانهدم السقف الذى بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر فامتنع . فهل يجبر الممتنع على ذلك ؟ على روايتين . كالحائط بين البيتين . وللشافعى قولان كالروايتين . وإن انهدمت حيطان السفلى فطالبه صاحب العلو بإعادتها فعلى روايتين .

أحدهما : يجبر . وهو قول مالك وأبى ثور وأحد قولى الشافعى . فعلى هذه الرواية : يجبر على البناء وحده . لأنه ملكه خاصة .

والثانية : لا يجبر ، وهو قول أبى حنيفة . وإن أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعا . فإن بناه بآلته فهو على كل ما كان . وإن بناه بآلته من عنده . فقد روى عن أحمد : لا ينتقع به صاحب السفلى . يعنى حتى يودى القيمة . فيحتمل أن لا يسكن . وهو قول أبى حنيفة . لأن البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره . ويحتمل أنه أراد الاتقاع بالحيطان خاصة من طرح الخشب وسمر الوتد وفتح الطاق . ويكون له السكنى من غير تصرف فى ملك غيره وهذا مذهب الشافعى . لأن السكنى إنما هى إقامته فى فناء الحيطان من غير تصرف فيها فأشبه الاستغلال بها من خارج . فأما إن طالب صاحب السفلى بالبناء وأبى صاحب العلو ففيه روايتان .

أحدهما : لا يجبر على بنائه . ولا مساعدته . وهو قول الشافعى . لأن الحائط ملك صاحب السفلى مختص به . فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو .

والثانية : يجبر على مساعدته والبناء معه . وهو قول أبى الدوداء ، لأنه حائط يشتركان فى الاتقاع به . أشبه الحائط بين الدارين .

(فصل) فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما فانهدم فطالب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة فى بنائه فامتنع لم يجبر لأنه إن كان الممتنع مالكة لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ، ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه ، لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقا لإيقائه على حيطان السفلى دائما ، فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه ، وطريقه البناء ، فلذلك وجب

بخلاف مسألتنا ، وان أراد صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه ، لأنه ملكه خاصة ، وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك ، لأنه لا حق له فيه .

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت ، فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ، ويكون كما لو انهدم بنفسه ، لأنه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه ، وان هدمه لغير ذلك فعليه إعادته سواء هدمه لحاجة أو غيرها ، وسواء أتم إعادته أو لم يلتزم ، لأن الضرر حصل بفعله ، فلزمه إعادته .

(فصل)

فإن اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يصح ، لأنه يصلح على بعض ملكه ببعض ، فلم يصح ، كما لو أقر له بدار فصالحه على سكنائها ، ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء : لم يجوز لجهالة الحمل فإنه يحمله من الأقال مالا طاقة له بحمله ، وإن اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز

(فصل) فإن كان بينهما نهر أو قناة أو دولا ب أو ناعورة أو عين فاحتاج الى عمارة ، ففي إجبار الممتنع منهما روايتان ، وحكى عن أبي حنيفة : أنه يجوز ههنا على الاتفاق ، لأنه لا يتم كمن شريكه من مقاسمة ، فيضرب به ، بخلاف الحائط ، فإنه يسكنهما قسمة العرصة ، والأولى التسوية : لأن في قسمة العرصة إضراراً بهما والاتفاق أرفق بهما ، فكانا سواء ، والحكم في الدولا ب والناعورة كالحكم في الحائط على ما ذكرناه ، وأما البئر والنهر فلكل واحد منهما الاتفاق عليه ، وإذا أففق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء ، لأن الماء ينبع من ملكيهما ، وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه ، وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط اذا بناه بآلته ، والحكم في الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع في النفقة على حائط على مامضى

(فصل) إذا كان لرجلين بابان في رقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الرقاق والآخر في داخله ، فللقريب من الباب نقل بابيه الى ما يلي باب الرقاق ، لأن له الاستطراق الى بابيه القديم ، فقد نقص من استطراقه ، ومتى أراد رد بابيه الى

موضعه الاول كان له ، لا : حقه لم يسقط ، وان أراد نقل بابه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك ، نص عليه أحمد ، لأنه يقدم بابه الى موضع لا استطراق له فيه ، ويحتمل جواز ذلك ، لأنه كان له أن يجعل بابه في أول البناء في أى موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه ، كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط ، ولأن له أن يرفع حائطه كله فلا يمنع من رفع موضع الباب وحده ، فأما صاحب الباب الثانى فإن كان فى داخل الدرب باب لآخر فحكمه فى التقديم والتأخير حكم صاحب الباب الاول سواء ، وان لم يكن له ثم باب آخر كان له تحويل بابه حيث شاء ، لأنه على الاول لامتناع له فيما تجاوز الباب الاول ، وعلى الاحتمال الذى ذكرناه لكل واحد منهما ذلك ، ولو أراد كل واحد منهما أن يفتح فى داره باباً آخر ، أو يجعل داره دارين يفتح لكل واحدة منهما باباً جاز اذا وضع البابين فى موضع استطراقه وان كان ظهر دار أحدهما الى شارع نافذ أو زقاق نافذ ففتح فى حائطه باباً اليه جاز ، ولأنه يرتفق به لم يتعين ملك أحد عليه .

فإن قيل : فى هذا إضرار بأهل الدرب ، لأنه يجعله نافذاً يستطرق اليه من الشارع ، قلنا : لا يصير الدرب نافذاً ، وإنما تصير داره نافذة ، وليس لأحد استطراق داره ، فأما ان كان بابه فى الشارع وظهر داره الى الزقاق الذى لا ينفذ فأراد أن يفتح باباً الى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك ، لأنه ليس له حق فى الدرب الذى قد تعين عليه ملك أربابه ، ويحتمل الجواز كما ذكرنا فى الوجه الذى قد تقدم ، وان أراد أن يفتح فيه باباً لغير الاستطراق أو يجعل له باباً يسمره أو شبهاً كآ جاز ، لأنه لما كان له رفع الحائط بحملته فبعضه أولى .

قال ابن عقيل : ويحتمل عندى أنه لا يجوز ، لأن شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدلل به على حق الاستطراق ، فيضر بأهل الدرب ، بخلاف رفع الحائط فإنه لا يدل على شيء .

(فصل) وإذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما الى ظهر الاخرى وباب كل واحدة منهما فى زقاق غير نافذ فرغ الحاجز بينهما وجعلهما داراً واحدة جاز ، وان فتح من كل واحدة منهما باباً الى الاخرى ليمكن من التطرق من كل واحدة منهما الى كلا الدارين لم يجوز ، ذكره القاضى ، لأن ذلك

يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ، ولأن ذلك ربما أدى الى إثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الاخرى ، ويحتمل جواز ذلك ، لان له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى ، وهذا أشبه ، وما ذكرناه للنبع منتقض بما إذا رفع الحائط جميعه ، وفي كل موضع قلنا ليس له فعله اذا صالحه أهمل الدرب بعوض معلوم أو أذنوا له بغير عوض جاز .

(فصل) اذا تنازع صاحب البابين في الدرب وتداعياه ولم يكن فيه باب لغيرهما فقيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أنه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذي يلي أوله بينهما : لأن لها الاستطراق فيه جميعاً ، وما بعده الى صدر الدرب للآخر ، لأن الاستطراق في ذلك له وحده ، فله اليد والتصرف .

والوجه الثاني : أن من أوله الى أقصى حائط الأول بينهما ، لأن ما يقابل ذلك لها التصرف فيه بناء على أن الأول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه : وما بعد ذلك للثاني . لانه ليس ببناء للأول ولا له فيه استطراق .

والثالث : يكون بينهما ، لان لها جميعاً يداً وتصرفاً ، وهكذا الحكم فيما اذا كان لرجل علو خان وآخر سفله ولصاحب العلو درجة في أثناء صحن الخان فاختلفا في الصحن ، فما كان من الدرجة الى باب الخان بينهما وماوراء ذلك من الى صدر الخان على الوجهين .

أحدهما : هو لصاحب السفلى ، والثاني . هو بينهما ، فان كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعاً ، فعلى الوجه الذى يقول ان صدر الدرب يختص بصاحب الباب الصدرانى له أن يستبدل بما يختص به منه بأن يجعله دهليزا لنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ، ولا يضع على حائطه شيئاً ، لان ذلك ملك له ينفرد به .

(فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره ، نحو أن يبني فيه حماماً بين الدور ، أو يفتح خبازاً بين العطارين ؛ أو يجعله دكان قصارة يهر الحيطان ويخربها ، أو يحفر بئراً الى جانب بئر جاره يجتذب ماءها ، وهذا قال

بعض أصحاب أبي حنيفة . وغرب أحد رواية أخرى لا يمنع ، وبه قال الشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة ، لأنه تصرف في ملكه المختص به ، ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه ، كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا أنه يمنع الدق الذي يهدم الحيطان ويثرها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولأن هذا اضرار بجيرانه ، فمنع منه كالدق الذي يهز الحيطان ويثرها ، وكسقي الارض الذي يتعدى الى هدم حيطان جاره ، أو اشعال نار تتعدى الى احراقها : قالوا ههنا تعدت النار التي اضرها والماء الذي أرسله ، فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره فأشبه ما لو أرسله اليها قصداً ، قلنا : والدخان هو أجزاء الحريق الذي أحرقه ، فكان مرسلًا له في ملك جاره فهو كأجزاء النار والماء ، وأما دخان الخبز والطبخ فإن ضرره يسير ، ولا يسكن التحرز منه وتدخله المساحة .

فصل

وان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر ، فليس لصاحب الاعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره ، الا أن يبني ستره تستره ، وقال الشافعي : لا يلزمه عمل ستره ، لأن هذا حاجز بين ملكيهما ، فلا يجبر أحدهما عليه كالاسفل .

ولنا أنه اضرار بجاره ، فمنع منه ، كدق يهز الحيطان ، وذلك لأنه يكشف جارة ويطلع على حرمة ، فأشبه ما لو اطلع عليه من صدر بابه أو خصاصه ، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « لو أن رجلاً اطلع اليك لحذفته بحصاة ففقات عينه لم يكن عليك جناح » ويفارق الاسفل ، فإن تصرفه لا يضر بالاعلى ولا يكشف داره .

(فصل) اذا كانت بينهما عرصه حائط فاتفقا على قسمها طولا جاز ذلك ، سواء اتفقا على قسمها طولا أو عرضا ، لأنها ملكهما ولا تخرج عنهما ؛ وان اختلفا فطلب أحدهما قسمها وهو أن يجعل له نصف الطول في جميع العرض ، والآخر مثله ، فقال أصحابنا : يجبر الممتنع على القسمة ، وهو مذهب الشافعي ،

لان ذلك لا يضر ، فإذا اقتسما اقترعا ، فكان لكل واحد منهما ما تخرج به القرعة فإن كان مبنيًا فلا كلام ، وان كان غير مبني كان لكل واحد منهما أن يبني في نصيبه ، وان أحب أن يدخل بعض عرصته في داره فعل : وان أحب أن يزيد في حائطه من عرصته فعل ، ويحتمل أن لا يجبر على القسمة ، لأنها توجب اختصاص كل واحد منهما ببعض الحائط المقابل للملك شريكه وزوال ملك شريكه فيتضرر لأنه لا يقدر على حائط يستر ملكه ، وربما اختار أحدهما أن لا يبني حائطه ، فيبقى ملك كل واحد منهما مكشوفًا أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه وهذا ضرر ، لا يرد الشرع بالاجبار عليه .

فإن قيل : فإذا كان مشتركًا تمكن أيضا من منع شريكه وضع خشبه عليه ، قلنا : اذا كان له عليه رسم وضع خشبه أو انتفاع به لم يملك منعه من رسمه وهما يملك منعه بالكلية . وأما ان طلب قسمها عرضا وهو أن يجعل لكل واحد منهما نصف العرض في كمال الطول نظرنا ، فان كانت العرصه لا تتسع لحائطين لم يجبر الممتنع من قسمها واختلفوا ، واختار ابن عقيل أنه يجبر ، وهو ظاهر كلام الشافعي ، لأنها عرصه ، فأجبر على قسمها كعرصة الدار .

ولنا أن في قسمها ضررًا فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه كالدار الصغيرة وما ذكروه ينتقض بذلك ، وان كانت تتسع لحائطين بحيث يحصل لكل واحد منهما ما يبني فيه حائطًا ، ففي اجبار الممتنع وجهان .

أحدهما : يجبر ، قاله أبو الخطاب لأنه لا ضرر في القسمة لكون كل واحد منهما يحصل له ما يندفع به حاجته ، فأشبه عرصه الدار التي يحصل لكل واحد منهما ما يبني فيه دارًا .

والثاني : لا يجبر ، ذكره القاضي ، لان هذه القسمة لا تقع فيها قرعة ، لاننا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج قرعة كل واحد منهما على ما يلي ملك جاره ، فلا ينتفع به ، فلو أجبرناه على القسمة لاجبرناه على أخذ ما يلي داره من غير قرعة وهذا لا نظير له ، ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين . ومتى اقتسما العرصه طولا فبني كل واحد منهما لنفسه حائطًا وبقيت بينهما فرجة لم يجبر أحدهما على سدها ولم يمنع من سدها ، لان ذلك يجري مجرى بناء الحائط في عرصته .

(فصل)

وإن كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولاً جاز ويعلم بين نصيبها بعلامة ، وإن اتفقا على قسمته عرضاً فقال أحدهما يجوز القسمة لأن الحق لهما لا يخرج عنهما فأشبه العرصة ، ويحتمل أن لا تجوز القسمة لأنها لا تكون إلا بتميز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه . وهما لا يتميز ولا يمكن انتفاع أحدهما بنصيبه منفرداً ، لأنه إن وضع خشبه على أحد جانبي الحائط كان ثقله على الحائط كله ، وإن فتح فيه طاقاً يضعفه ضعف كله وإن وقع بعضه تضرر النصيب الآخر . وإن طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر . فذكر الفاضل أن الحكم في الحائط كالحكم في عرصته سواء ولا يجبر على قسم الحائط إلا أن يطلب أحدهما قسمه طولاً

ويحتمل أن لا يجبر على قسمه أيضاً وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنها إن قطعاه بينهما فقد أتلغا جزءاً من الحائط ، ولا يجبر الممتنع من ذلك ، كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه ، وإن لم يقطع وعلماً علامة على نصفه كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعاً بنصيب الآخر :

ووجه الأول أنه يجبر على قسم الدار وقسم حائطها المحيط بها . وكذلك قسم البستان وحائطه ولا يجبر على القطع المضرب ، بل يعمل به بخط بين نصيبها . ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الآخر وإن اتصل به ، بدليل الحائط المتصل في دارين ، والله أعلم

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة والإجماع . أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « مظل الغنى ظلم . وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » ، متفق عليه — وفي لفظ « من أحيل بحقه على مليء فليحتل » ، وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة ، وقد قيل إنها بيع ، فإن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه ، وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك ، والصحيح أنها عقد ارفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره ، لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لسكوها بيع دين بدين ولمسا جاز التفريق قبل القبض لأنه يبيع مال الربا بجنسه ، ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع كله ، ولأن لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد ، وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه ، ويشترط في صحتها رضى المحيل بلا خلاف ، فإن الحق عليه ولا يتعين عليه جهة قضائه . وأما المحتال والمحال عليه فلا يعتبر رضاها على ما سنده إن شاء الله تعالى

« مسألة ، قال (ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضى فقد برىء المحيل أبداً) »

ومن شرط صحة الحوالة شروط أربعة :

أحدها تماثل الحقيقتين ، لأنها تحويل للحق ونقل له ، فينقل على صفته ويعتبر تماثلها في أمور ثلاثة :

أحدها الجنس ، فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة . ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو من عليه فضة بذهب لم يصح
الثاني : الصفة ، فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة ؛ أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح .

الثالث : الحلول والتأجيل ، ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين ، فإن كان أحدهما حالاً والآخر موجلاً أو أجل أحدهما إلى شهر والآخر إلى شهرين لم تصح الحوالة ولو كان الحقان حالين ، فشرط على المحتال أن يقبض حقه أو بعضه بعد شهر لم تصح الحوالة ، لأن الحال لا يتأجل ، ولأنه شرط ما لو كان ثابتاً في نفس الامر لم تصح الحوالة ، فكذلك إذا شرطه ، وإذا اجتمعت هذه الامور وصحت الحوالة وتراضيا بأن يدفع المحال عليه خيراً من حقه ، أو رضى المحتال بدون الصفة ، أو رضى من عليه المؤجل بتعجيله ، أو رضى من له الحال بإظهاره جاز ، لأن ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى ، وإن مات المحيل أو المحال فلاجل بحاله ، وإن مات المحال عليه في حلول الحق روايتان معنى ذكرهما

الشرط الثاني : أن تكون على دين مستقر ، ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر ، إلا أن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه ، لأن دين السلم ليس بمستقر لكونه معرض الفسخ لانقطاع السلم فيه ، ولا تصح الحوالة به لأنها لم تصح الا فيما يجوز أخذ العوض عنه ؛ والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره » ، ولا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة ، لانه غير مستقر فإن له أن يمتنع من أدائه ويسقط بعجزه ، وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة ، لأن حكمه حكم الاحرار في المداينات ، وإن أقال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة ، ويكون ذلك بمنزلة القبض

وإن أقال المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر وإن أقالها الزوج به صح لانه له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه ، وإن أقالته به بعد الدخول صح لانه مستقر ؛ وإن أقال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا ، وإن أقاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء وله الوفاء قبل الاستقرار ، وإن أقال البائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يتبين أن الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتاً مستقراً والبيع كان لازماً وانما ثبت الجواز عند العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري . ويحتمل أن تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجوداً وقت الحوالة ، وكل موضع أقال من

عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين ، كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها أو المشتري ينفسخ البيع ويرد المبيع ، فإن كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان . أحدهما : تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه . والثاني لا تبطل لأن الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه ، وثبت للمحتال فلم يزل عنه ، ولأن الحوالة بمنزلة القبض ، فكأن المحيل أقبض المحتال بدينه فبرجع عليه به ويأخذ المحتال من المحال عليه ، وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر ، وإن كان بعد القبض لم يبطل وجهاً واحداً ، ويرجع المحيل على المحتال به .

(فصل) وإن أقال من لا دين له عليه رجلاً على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة بل هي وكالة تثبت فيها أحكامها ، لأن الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله ، ولا حق ههنا ينتقل ويتحول ، وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المعنى ، وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين ، كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه ، وتحول ذلك إلى الوكيل كتحوله إلى المحيل ، وإن أقال من عليه دين على من لا دين عليه فليس حوالة أيضاً . نص عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الاداء ولا المحتال قبول ذلك ، لأن الحوالة معاوضة ولا معاوضة ههنا وإنما هو اقتراض .

فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل لأنه قرض ، وإن أبرأه ولم يقبض منه شيئاً لم تصح البراءة لأنها براءة لمن لا دين عليه . وإن قبض منه الدين ثم وهبه إياه رجع المحال عليه على المحيل به ، لأنه قد غرم عنه ، وإنما عاد إليه المال بعقد مستأنف . ويحتمل أن لا يرجع عليه لكونه ما غرم عنه شيئاً ، وإن أقال من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة ، لأن الحوالة إنما تكون بدين على دين ، ولم يوجد واحد منهما

(فصل)

الشرط الثالث : أن تكون بمال معلوم ، لأنها إن كانت بيعاً فلا تصح في مجهول ، وإن كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم ، والجهالة تمنع منه فتصح بكل ما يثبت مثله في الذمة بالإتلاف من الأثمان والحبوب والادهان ؛ ولا تصح

فما لا يصح السلم فيه ، لأنه لا يثبت في الذمة ، ومن شرط الحوالة تساوى الدينين
فأما ما يثبت في الذمة سلما غير المثليات كالمنروع والمعدود ، ففي صحة الحوالة به
وجهان : أحدهما : لا تصح ، لأن المثل فيه لا يتحرر ، ولهذا لا يضمه بمثله في
الاتلاف ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى

والثانى : تصح ، ذكره القاضى ، ولأنه حق ثابت في الذمة فأشبهه ماله مثل ،
ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضى به قرض هذه الاموال
فإن كان عليه ابل من الدية وله على آخر مثلهما في السن ، فقال القاضى تصح لانها
تختص بأقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات

وقال أبو الخطاب لا تصح في أحد الوجحين لأنها مجعولة ، ولأن الأبل ليست
من المثليات التى تضمن بمثلها في الاتلاف ، ولا تثبت في الذمة سلما في رواية .
وان كان عليه ابل من دية وله على آخر مثلهما قرضا فأحاله عليه ، فإن قلنا يرد في
القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس ، وان قلنا يرد مثلهما اقتضى قول
القاضى صحة الحوالة ، لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ، ولأن
الخيرة في التسليم الى من عليه الدين ، وقد رضى بتسليم ماله في ذمة المقرض .
وان كانت بالعكس فاحتال المقرض بإبل الدية لم تصح ، لأننا ان قلنا يجب القيمة
في القرض فقد اختلف الجنس ، وان قلنا يجب المثل فالمقرض مثل ما أقرض في
صفاته وقيمته ، والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(فصل)

الشرط الرابع : أن يحيل برضائه ، لأن الحق عليه فلا يلزمه أدائه من جهة
الدين الذى على المحال عليه ، ولا خلاف في هذا .
فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء .
الا ما يروى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة برائة الا أن يبرئه . وعن زفر أنه
قال : لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان ، وليس بصحيح لأن الحوالة مشتقة
من تحويل الحق ، بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة الى ذمة ، فعلق على كل
واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه

إذا ثبت أن الحق انتقل فتي رضى بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبداً سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك هذا ظاهر كلام الخرقى ، وبه قال الليث والشافعى وأبو عبيد وابن المنذر . وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلساً ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم . وبه قال جماعة من أصحابنا . ونحوه قول مالك ، لأن الفلاس عيب في المحال عليه فكان له الرجوع ، كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة ، ولأن المحيل غره فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع

وقال شريح والشعبي والنخعي : متى أفلس أو مات رجع على صاحبه . وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين : إذا مات المحال عليه مفلساً ، وإذا جحده وحلف عليه عند الحاكم . وقال أبو يوسف ومحمد . يرجع عليه في هاتين الحالتين . وإذا حجر عليه لفلس ، لأنه روى عن عثمان أنه سئل عن رجل أحيى بمحقه فمات المحال عليه مفلساً ؟ فقال يرجع بمحقه ، لا توى على مال امرئ مسلم ، ولأنه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاضدين فكان له الفسخ ، كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم إليه .

ولنا أن حزننا جد سعيد بن المسيب ، كان له على على رضى الله عنه دين فأحاله به فمات المحال عليه ، فأخبره فقال : اخترت عليهما أبعدك الله ، فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع ، ولأنها برائة من دين ليس فيها قبض عن عليه ولا ممن يدفع عنه ؛ فلم يكن فيها رجوع ؛ كما لو أبرأه من الدين ، وحديث عثمان لم يصح . يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قررة عن عثمان ، ولم يصح سماعه منه ، وقد روى أنه قال : « في حوالة أو كفالة ، وهذا يوجب التوقف ولا يصح ، ولو صح كان قول على مخالفاً له .

وقولهم : أنه معاوضة لا يصح ، لأنه يفضى إلى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالشوب ، لأنه في ذلك قبضا يقف استقرار العقد عليه ؛ وههنا الحوالة بمنزلة القبض ، والا كان بيع دين بدين

(فصل) فإن شرط ملامة المحال عليه فإن معسراً رجع على المحيل ، وبه قال بعض الشافعية . وقال بعضهم لا يرجع لأن الحوالة لا ترد بالأعسار إذا لم يشترط

الملاة فلا ترد به وإن شرط ، كما لو شرط كونه مسلما ، ويفارق البيع ، فإن الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط ، بخلاف الحوالة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » ، ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة فيثبت الفسخ بفواته ، كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد ، بدليل اشتراط صفة في المبيع

(فصل)

ولو لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلسا أو ميتا رجع على المحيل بلا خلاف ، فإنه لا يلزمه الاحتيال على غير ملىء لما عليه فيه من الضرر ، وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة إذا أحيل على ملىء ، ولو أحاله على ملىء فلم يقبل حتى أعسر فله الرجوع أيضا على ظاهر قول الحرقى : لكونه اشترط في براءة المحيل إبداء رضى المحتال

« مسألة » قال (ومن أحيل بحقه على ملىء فواجب عليه أن يحتال)

الملىء هو القادر على الوفاء ، جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن الله تعالى يقول : من يقرض الملىء غير المعدم ، وقال الشاعر :

تطيلين ليسانى وأنت مليئة وأحسن يا ذات الوشاح التقاضيا
يعنى قادرة على وفائى ، والظاهر أن الحرقى أراد بالملىء ههنا القادر على الوفاء ، غير الجاحد ولا المماطل . قال أحد في تفسير الملىء : كأن الملىء عنده أن يكون مليئا بماله وقوله وبدنه ونحو هذا ، فإذا أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما ، وقال أبو حنيفة : يعتبر رضاهما لأنها معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين

وقال مالك والشافعى : يعتبر رضى المحتال ، لأن حقه في ذمة المحيل فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه ، كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضا : فأما المحال عليه فقال مالك : لا يعتبر رضاه ، إلا أن يكون المحتال عدوه ، وللشافعى في اعتبار رضائه قولان :

أحدهما يعتبر ، وهو يحكى عن الزهرى لأنه أحد من تتم به الحوالة فأشبهه المحيل والثانى لا يعتبر لأنه أقامه فى القبض مقام نفسه ، فلم يقتصر الى رضى من عليه الحق كالتوكيل .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » ولأن للمحيل أن يوفى الحق الذى عليه بنفسه وبوكيله . وقد أقام المحال عليه مقام نفسه فى التقييض فلزم المحال القبول ، كما لو وكل رجلا فى إبقائه ، وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما فى ذمته عرضا ، لأنه يعطيه غير ما وجب له فلم يلزمه قبوله

(فصل)

إذا أحال رجلا على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لأن حق الثانى ثابت مستقر فى الذمة ، فصح أن يحيل به كالأول ، وهكذا لو أحال الرجل عمرا على زيد بما يثبت له فى ذمته صح أيضا لما ذكرنا ، وتكرر المحتال والمحيل لا يضرب .

(فصل) إذا اشترى عبدا فأحال المشتري البائع بالثمن ثم ظهر العبد حرا أو مستحقا فالبيع باطل والحوالة باطلة ، لأننا تبينا أنه لا ثمن على المشتري ، وإنما تثبت حريته بينة أو اتفاقهم ، فإن اتفق المحيل والمحال عليه على حريته وكذبهما المحتال ولا بينة بذلك لم يقبل قولهما عليه لأنها يبطالان حقه ، أشبه ما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حرا لم يقبل قولهما على المشتري الثانى وإن أقاما بينة لم تسمع لأنهما كذباها بدخولهما فى التبائع ، وإن أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة ، وإن صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكانت جنبته أقوى ؛ فإن أقاما بينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت ؛ لأنهما لم يكذباها ، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولهما عليه فى حرية العبد لأنه إقرار على غيرهما ، وتبطل الحوالة لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدقه فيه فلا يأخذ منه شيئا ، وإن اعترف المحتال والمحال عليه بحرية العبد عتق لاقرار من

هو في يده بحريته ، وبطلت الحوالة بالنسبة اليهما ، ولم يكن للحتال الرجوع على المحيل لان دخوله معه في الحوالة اعتراف براءته فلم يكن له الرجوع عليه

(فصل)

وان اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالثمن على آخر فقبضه من المحال عليه ثم رد المشتري العبد بعيب أو مقابلة أو اختلاف في ثمن فقد برى المحال عليه لانه قبض منه بإذنه ؛ ويرجع المشتري على البائع ، وان رده قبل القبض فقال القاضى : تبطل الحوالة ويعود المشتري الى ذمة المحال عليه ويبرأ البائع ، فلا يبقى له دين ولا عليه لان الحوالة بالثمن وقد سقط بالنفسح ، فيجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به .

وقال أبو الخطاب : لا تبطل الحوالة في أحد الوجهين ، لان المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه . ونقل حقه اليه نقلاً صحيحاً وبرى من الثمن وبرى المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الاول ، كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلبه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب . كذا ههنا

فان قلنا يبطلان الحوالة رجوع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة . وان قلنا لا تبطل رجوع المشتري على البائع بالثمن وأخذه البائع من المحال عليه ، فان عاد البائع فأحال المشتري صح بالثمن على من أحاله المشتري عليه صح وبرى البائع وعاد المشتري الى غريمه ، وان كانت المسألة بحالها لكن أحال البائع أجنبياً على المشتري ثم رد العبد المبيع ، ففي الحوالة وجهان

أحدهما لا تبطل ، لان ذمة المشتري برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للأجنبي المحتال ، فأشبه ما لو دفعه المشتري الى المحيل ، فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم الى المحتال ما أحاله به

والثاني تبطل الحوالة ان كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ، ولانه لا فائدة في بقاء الحوالة ههنا فيعود البائع بدينه ويبرأ المشتري منهما كالمسألة قبلها ، وإذا قلنا لا تبطل فأحال المشتري المحال عليه بالثمن على البائع صح وبرى المشتري منهما .

(فصل) اذا كان لرجل على آخر دين فأذن لآخر في قبضه ثم اختلف هو

والمأذون له ، فقال وكلتك في قبض ديني بلفظ التوكيل ، فقال بل أحلتني بلفظ الحوالة ، أو كانت بالعكس فقال : أحلتك بدينك . قال بل وكنتي ، فالقول قول مدعى الوكالة منها مع يمينه ، لأنه يدعى بقاء الحق على ما كان وينسب انتقاله والأصل معه . فإن كان لأحدهما بينة حكم بها ، لأن اختلافهما في اللفظ ، وهو بما يمكن إقامة البينة عليه ، وإن اتفقا على أنه قال : أحلتك بالمال الذي لي قبل زيد ثم اختلفا ، فقال المحيل إنما وكلتك في القبض لي ، وقال الآخر بل أحلتني بدينك عليك فالقول قول مدعى الحوالة في أحد الوجهين ، لأن الظاهر معه ، فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة ، فيجب حمل اللفظ على ظاهره ، كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما .

والثاني القول قول المحيل ، لأن الأصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحتال يدعى نقله والمحيل ينكره ، والقول قول المنكر

فعلى الوجه الأول : يحلف المحتال ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ، ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل ، وعلى الوجه الثاني : يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه . وعلى كلا الوجهين : إن كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه وتلف في يده فقد برىء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه ، سواء تلف بتفريطه أو غيره ، لأنه إن تلف بتفريط وكان المحتال محققا فقد أتلف ماله ، وإن كان مبطلا ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له فيتقاصان ، ويسقطان ، وإن تلف بغير تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف في يده وبرىء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسلبه والمحيل يقول : قد تلف المال في يد وكيل بغير تفريط ، فلا ضمان عليه . وإن لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه . لأنه معترف أن له عليه من الدين مثل ما له في يده وهو مستحق لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلبه إليه ، ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبته بدينه ، وقيل يملك المحيل أخذه منه ، ولا يملك المحتال المطالبة بدينه لاعترافه ببرائة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح ، لأن المحتال إن اعترف بذلك فهو يدعى أنه قبض هذا المال منه بغير حق وأنه يستحق المطالبة به ، فعلى كلا الحالين :

هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعا فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للبيئة في هذه المسألة ، لانهما لا يختلفان في لفظ يسمع ولا فعل يرى وإنما يدعى المحيل بيئة ، وهذا لا تشهد به البيئة نفيًا ولا اثباتًا

(فصل)

وإن كانت المسألة بالعكس فقال : أحلتك بدينك ؛ فقال بل وكلتني ففيها الوجهان أيضا لما قدمناه ، فإن قلنا القول قول المحيل خلف برىء من حق المحتال وللحتمال قبض المال من المحال عليه لنفسه ، لأنه يجوز له ذلك بقولها معاً ، فإذا قبضه كان له بحقه .

وإن قلنا القول قول المحتال خلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه ، لأنه إما وكيل وإما محتال ، فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل فله أخذ ما قبض لنفسه ، لأن المحيل يقول هو لك ، والمحتال يقول هو أمانة في يدي ولي مثله على صاحبه ؛ وقد أذن له في أخذه ضمناً ، فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً ، وإن استوفى من المحيل رجع على المحال عليه في أحد الوجهين ، لأنه قد ثبتت الوكالة يمين المحتال وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل والثاني لا يرجع عليه لأنه يعترف أنه قد برىء من حقه وإنما المحتال ظله بأخذ ما كان عليه . قال القاضي والاول أصح ؛ وإن كان قد قبض الحوالة فتلفت في يده بتفريط أو أتلفها سقط حقه على الوجهين ، لأنه أن كان محققاً فقد أتلف حقه وإن كان مبطلاً فقد أتلف مثل دينه فيثبت في ذمته ويتقاصان ؛ وإن تلفت بغير تفريطه فعلى الوجه الاول يسقط حقه أيضاً ، لأن ماله تلف تحت يده ، وعلى الثاني له أن يرجع على المحيل بحقه ، وليس للمحيل الرجوع على المحال عليه ، لأنه يعترف ببراءته .

(فصل) وإن اتفقا على أن المحيل قال : أحلتك بدينك ، ثم اختلفا فقال أحدهما هي حوالة بلفظها ، وقال الآخر بل هي وكالة بلفظ الحوالة ، فالقول قول مدعى الحوالة وجهها واحداً ، لأن الحوالة بدينه لا تحتل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها ، وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال : لا دين لك علي ، لأن قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جرده له بعد ذلك ، فأما أن لم يقل بدينك

بل قال أحلتك ، ثم قال : ليس لك على دين وإنما عنيت التوكيل بلفظ الحوالة ، أو قال أردت أن أقول وكلتك فسبق لساني فقلت أحلتك ، وادعى المحتال أنها حوالة بدينه وأن دينه كان ثابتاً على المحيل ، فهل ذلك اعتراف بالدين أو لا ؟ فيه وجهان سبق توجيههما .

(فصل) وإذا كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال : قد أحلت به على فلانا الغائب وأنكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه ، وإن كان لمن عليه الدين بينة بدعواه سمعت بينته لإسقاط حق المحيل عليه ، وإن ادعى رجل أن فلانا الغائب أحلتني عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله ، فإن أقام المدعى بينة ثبتت في حقه وحق الغائب ، لأن البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع إلى المحتال ، وإن لم يكن له بينة فأنكر المدعى عليه فهل تلزمه اليمين ؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع ؟ على وجهين

أحدهما يلزمه الدفع اليه . لأنه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه . فلزمه الدفع اليه كما لو كانت بينة

والثاني لا يلزمه الدفع اليه . لأنه لا يأمن من انكار المحيل ورجوعه عليه . فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى عليه أني وكل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال : لا أدفعه اليك . فاذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمه الدين مع الانكار . فاذا حلف برىء ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته وكذلك ان قلنا لا تلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل ثم ينظر في المحيل فان صدق المدعى في أنه أحاله ثبتت الحوالة له . لأن رضى المحال عليه لا يعتبر وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة . وإن نكل المحال عليه عن اليمين ففرض عليه بالنسكول واستوفى الحق منه . ثم ان المحيل صدق المدعى فلا كلام . وإن أنكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لأنه معترف له بالحق ويدعى أن المحتال ظلمه . ويبقى دين المحتال على المحيل . وإن كان المحيل ينكر أن له عليه ديناً فالقول قوله بغير يمين لأن المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه . وإن كان المحيل يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لأنه يقر بأنه قد برىء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه في كون المحتال قد ظلمه

واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم أن المحيل قد أخذ منه أيضا بغير حق وأنه يجب عليه أن يرد ما أخذه منه إليه . فينبغي أن يقبضها المحتال ويسلمها إلى المحال عليه أو يأذن للمحيل في دفعها إلى المحال عليه ، وإن صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع إليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها .

(فصل)

فإن كان عليه ألف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه ، لأن الحوالة كالتسليم ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين ، فإن كان الألف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك ، فأحاله أحدهما بالألف برئت ذمتهما معا كما لو قضاها ، وإن أحال صاحب الألف رجلا على أحدهما بعينه بالألف صححت الحوالة ، لأن الدين على كل واحد منهما مستقر ، وإن أحال عليهما جميعا ليستوفى منهما أو من أيهما شاء صححت الحوالة أيضا عند القاضي ، لأنه لا فضل ههنا في نوع ولا أجل ولا عدد ، وإنما هو زيادة امتثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على الملىء ، وقال بعض أصحاب الشافعي : لا تصح الحوالة ، لأن الفضل قد دخلها فإن المحتال ارتفق بالتخير بالاستيفاء منها أو من أيهما شاء ، فأشبه ما لو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما ألف ليستوفى من أيهما شاء ، والأول أصح ، والفرق بين هذه المسألة ، وبين ما إذا أحاله بالالفين أنه لا فضل بينهما في العدد ههنا ، وثم تفضلا فيه ، ولأن الحوالة ههنا بالالف معين ، وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين ، وأنه إذا قضاها أحدهما الألف فقد قضى جميع الدين ، وثم إذا قضى أحدهما بقى ما على الآخر ، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامنا عن صاحبه فأحال عليهما صححت الحوالة بغير إشكال ، لأنه لما كان له أن يستوفى الألف من واحد كان له أن يستوفى من اثنين كالوكيلين .

باب الضمان

« مسألة ، ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه ، أو قال : ما أعطيته فهو على ، فقد لزمه ما صح أنه أعطاه)

الضمان : ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ، فيثبت في ذمتها جميعا : ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، واشتقاقه من الضم ، وقال القاضي . هو مشتق من الضمين : لأن ذمة الضامن تتضمن الحق .

والأصل في جوازه : الكتاب والسنة والاجماع ، وأما الكتاب : فقول الله تعالى (١٢ : ٧٧) ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وقال ابن عباس : الزعيم الكفيل .

وأما السنة : فاروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الزعيم غارم ، رواه أبو داود والترمذي ، وقال : حديث حسن ، وروى البخاري عن سلية ابن الأكوع « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى رجلا ليصلي عليه فقال : هل عليه دين ؟ قالوا : نعم ديناران ، قال . هل ترك لهما وفاة ؟ قالوا . لا ، فتأخر ، فقيل : لم لا تصل عليه ؟ فقال : ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة ؟ إلا إن قام أحدكم فضمنه ، فقام أبو قتادة فقال : هما على يا رسول الله ، فصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة ، وإنما اختلفوا في فروع تذكرها إن شاء الله تعالى .

إذا ثبت هذا فإنه يقال : ضمين وكفيل ، وقبيل وحيل ، وزعيم وصبير بمعنى واحد ، ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ، ولا بد من رضی الضامن ، فإن أكره على الضمان لم يصح ، ولا يعتبر رضا المضمون عنه ، لا نعلم فيه خلافا ، لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه ، ولا يعتبر رضی المضمون له ، وقال أبو حنيفة ومحمد : يعتبر ، لأنه لإثبات مال لأدنى ، فلم يثبت إلا برضاه أو رضامن ينوب عنه كالبيع والشراء : وعن أصحاب الشافعي كالمذهبيين .

ولنا أن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له ولا المضمون عنه ؛ فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك روى عن علي رضى الله عنه ، ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ، ولانه ضمان دين ، فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلوه .

(فصل) ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن ، وقال القاضي : يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أو لا ؟ ويعرف المضمون له فيؤدى إليه .

وذكر وجها آخر : أنه تعتبر معرفة المضمون له لذلك ، ولا تعتبر معرفة المضمون عنه ، لانه لا معادلة بينه وبينه ، ولا أصحاب الشافعى ثلاثة أوجه نحو هذه . ولنا حديث على وأبي قتادة ، فإنهما ضمنا لمن لم يعرفاه عن لم يعرفاه ، ولانه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر . (فصل) وقد دلت مسألة الحرق على أحكام .

منها : صحة ضمان المجهول لقوله ، ما أعطيته فهو على ، وهذا مجهول ، فتنى قال : أنا صامن لك مالك على فلان ، أو ما يقضى به عليه ، أو ما تقوم به البينة أو ما يقر به لك ، أو ما يخرج في روزمانجك صح الضمان ، وهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الثورى والليث وابن أبى ليلى والشافعى وابن المنذر : لا يصح ، لانه التزام مال فلم يصح مجهولا كائن في المبيع .

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حل بعير وأنا به زعيم) وحل البعير غير معلوم ، لان حمل البعير يختلف باختلافه ، وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة ، فصح في المجهول ، كالنذر والاقرار ، ولانه يصح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان العهدة ، وإذا قال : ألتى متاعك في البحر وعلى ضمانه ، أو قال : ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلى ضمانها فصح المجهول كالعتق والطلاق .

ومنها : صحة ضمان ما لم يجب ، فإن معنى قوله « ما أعطيته » أى ما تعطيه في المستقبل ، بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه فيدل على أنه

غيره ولو كان ما أعطيته في الماضي كان معنى المسألتين سواء ، أو إحداهما داخلة في الأخرى .

والخلاف في هذه المسألة ودليل القوانين كالتى قبلها ، إلا أنهم قالوا : الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين ، فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم فيه فلا يكون ضماناً ، قلنا : قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وأن ما ثبت في ذمة مضمونه يثبت في ذمته ، وهذا كاف ، وقد سلوا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله : ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه ، وسلم أصحاب الشافعى في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجمالة قبل العمل وما وجب شيء بعد ، ومنها : أن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه ، وكان المضمون له مطالبة ولا نعلم في هذا خلافاً . وهو قاعدة الضمان ، وقد دل قول النبي صلى الله عليه وسلم « والزعيم غارم » واشتقاق اللفظ .

ومنها : صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق : حيا كان أو ميتا ، مليئاً أو مفلساً ، اعموم لفظه فيه ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو حنيفة : لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاء ، فإن خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف ، لأنه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالابراء ، ولأن ذمته قد خربت خراباً لا تعمر بعده ، فلم يبق فيها دين والضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزامه . ولنا حديث أبي قتادة وعلى ، فإنهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء ، والنبي صلى الله عليه وسلم حضهم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « ألا قام أحدكم فضمنه ؟ » وهذا صريح في المسألة ، ولأنه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضاؤه ، ولو ضمنه حياً ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن . ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن وفي هذا انفصال عما ذكره .

ومنها : صحة الضمان في كل حق أعنى من الحقوق المالية الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب : كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده ، والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده ، لأن هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها كالتن في المبيع بعد انقضاء الخيار ويوزان بسنط برد بعيب أو مقابلة ، وبهذا كله قال الشافعى .

(فصل)

فما يصح ضمانه ، ويصح ضمان الجعل في الجمالة ، وفي المسابقة والمناضلة ، وقال أصحاب الشافعي : في أحد الوجهين : لا يصح ضمانه ، لأنه لا يؤول إلى اللزوم ، فلم يصح ضمانه ، كمال الكتابة

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ولأنه يؤول إلى اللزوم إذا عمل العمل : وإنما الذي لا يلزم العمل ، والمال يلزم بوجوده ، والضمان للمال دون العمل ، ويصح ضمان أرش الجناية ، سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالديات ، وقال أصحاب الشافعي : لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لأنه مجهول ، وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ، ولأن الأبل الواجبة في الذمة معلومة الاسنان والعدد ، وجهالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لاتضر ، لأنه إنما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة ، وكذلك غيرها من الحيوان ، ولأن جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالتلاف ، فلم يمنع وجوبه بالالتزام ويصح ضمان نفقة الزوجة ، سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلية ، لأن نفقة اليوم واجبة والمستقبلية مآلها إلى الزم ، ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب ، وقال القاضي : إذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه إلا نفقة المعسر ، لأن الزيادة على ذلك تسقط بالأعسار وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها .

ولنا أنه صح ضمان ما لم يجب واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها ، بدليل الجعل في الجمالة ، والصدائق قبل الدخول ، والمبيع في مدة الخيار ، فأما النفقة في الماضي فإن كانت واجبة إما بحكم الحاكم بها ، أو قلنا : بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها ، وإلا فلا . ويصح ضمان مال السلم في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لأنه يؤدي إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم إليه فلم يجوز كالحالة به . والاول أصح لأنه دين لازم فصحت ضمانه كالأجرة وثمن المبيع ولا يصح ضمان مال الكتابة في إحدى الروايتين : وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم . والأخرى : يصح . لأنه دين على المسكاتب فصحت ضمانه كسائر الديون عليه . والاولى : أصح لأنه ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم فإن للمكاتب تعجيز نفسه والامتناع عن أدائه فإذا لم يلزم الاصيل فالضمين أولى ،

ويصح ضمان الأعيان المضمونة كالمنصوب والعارية . وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد القولين ، وقال في الآخر : لا يصح ، لأن الأعيان غير ثابتة في الذمة ؛ وإنما يضمن ما ثبت في الذمة ، ووسقنا لها بالضمان إنما معناه أنه يلزمه قيمتها أن تلفت والقيمة مجهولة .

ولنا أنها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة ، وقولهم : أن الأعيان لا تثبت في الذمة ، قلنا : الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردّها ، وإلّا أم تحصيلها أو قيمتها عند تلفها ، وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع ، فإن ضمانها يصح وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه أن ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقا .

فأما الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التي يدفعها إلى القصار والحياط ، فهذه أن ضمانها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها ، لأنها غير مضمونة على من هي في يده ، فكذلك على ضامنه ، وإن ضمنها أن تعدى فيها ، فظاهر كلام أحمد رحمه الله : يدل على صحة الضمان : فإنه قال في رواية الأثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب ، فقال له رجل : ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن ، فقال له : هو ضامن لما دفعه إليه : يعني إذا تعدى أو تلف بفعله ، فعلى هذا أن تلف بغير تفريط منه ولا فعله لم يلزم الضامن شيء لما ذكرنا .

وإن تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانها ولزم ضامنه ذلك ، لأنها مضمونة على من هي في يده فلزم ضامنه ، كالمنصوب والحواري ، وهذا في الحقيقة ضمان مالم يجب وقد بينا جوازه ، ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع ، فضمانه على المشتري : هو أن يضمن الثمن الواجب بالمبيع قبل تسليمه ، وإن ظهر فيه عيب أو استحق رجوعه إلى البائع ، وضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بعيب أو أرش العيب ، فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر وحقيقة العهدة : الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ، ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذي يضمنه .

ومن أجاز ضمان العهدة في الجملة : أبو حنيفة ومالك والشافعي ، ومنع منه

بعض الشافعية ، لكونه ضمان مالم يجب و ضمان مجهول و ضمان عين ، وقد بينا جواز الضمان في ذلك كله ، ولأن الحاجة تدعو الى الوثيقة على البائع ، والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمنان ، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق ، وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع ، لأنه يؤدي الى أن يبقى أبداً مرهوناً ، فلم يبق الا الضمان ولأنه لا يضمن الا ما كان واجبا حال العقد ، لأنه انما يتعلق بالضمان حكم إذا خرج مستحقاً أو معيباً حالا العقد . ومتى كان كذلك فقد ضمن ماوجب حين العقد والجمالة منتفية ، لأنه ضمن الجملة ، فإذا خرج بعضه مستحقاً لزمه بعض ماضيه . إذا ثبت هذا . فانه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن وبعده ، وقال الشافعي : إنما يصح بعد القبض ، لأنه قبل القبض لو خرج مستحقاً لم يجب على البائع شيء ، وهذا ينبني على ضمان مالم يجب إذا كان مفضياً الى الوجوب كالجعالة ، وألفاظ ضمان العهدة أن يقول : ضمننت عهدة أو ثمنه أو دركه ؛ أو يقول للمشتري : ضمننت خلاصك منه أو يقول متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمننت لك الثمن .

وحكى عن أبي يوسف أنه قال : ضمننت عهدة أو ضمننت لك العهدة ، والعهدة في الحقيقة . هي الصك المكتوب فيه الاتيان ، هكذا فسر به أهل اللغة ، فلا يصح ضمانه للمشتري ، لأنه ملكه وليس بصحيح ، لأن العهدة صارت في العرف عبارة عن الدرك و ضمان الثمن ، والكلام المطلق يحمل على الاسماء العرفية دون اللغوية ، كالراوية تحمل عند إطلاقها على المزايدة ، لا على الجمل ، وإن كان هو الموضوع ، فأما ان ضمن له خلاص المبيع ، فقال أبو بكر : هو باطل ، لأنه إذا خرج حراً أو مستحقاً لا يستطيع تخليصه ولا يحل ، وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال : كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حراً ؟ فإن ضمن عبدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص ، وهل يصح في العهدة ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة .

إذا ثبت صحة ضمان العهدة فالسلام فيما يلزم الضامن ، فنقول : ان استحقاق رجوع المشتري بالثمن لا يخلو إما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له فأما الحادث فمثل تلف المبيع من المكيل والموزون في يد البائع أو بنصب من يده

أو يتفایلان فإن المشتري يرجع على البائع دون الضامن ، لأن هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد : وإنما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد ، ويحتمل أن يرجع به على الضامن لأن ضمان مالم يجب جائز ، وهذا منه ، وأما إن كان بسبب مقارنة نظرنا ، فإن كان بسبب لا تفريط من البائع فيه كأخذه بالشفعة ، فإن المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن ، ومق لم يجب على المضمون عنه شيء لم يجب على الضامن بطريق الأولى .

وأما إن زال ملكه عن المبيع بسبب مقارنة لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قديم فله الرجوع الى الضامن ، وهذا ضمان العهدة ، فإن أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضا : لأنه إذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه ، وسواء ظهر كل المبيع مستحقا أو بعضه ، لأنه إذا ظهر بعضه مستحقا بطل العقد في الجميع في إحدى الروايتين ، فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق .

وعلى الرواية الأخرى يبطل العقد في الجميع ، ولكن استحق ردها ، فإن ردها كلها فالحكم كذلك ؛ وإن أمسك المملوك منها فله المطالبة بالأرش ، كما لو وجد بها عيبا ، ولو باعه عينا أو أقرضه شيئا بشرط أن يرهن عنده عينا فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة ، لأنه لا يلزم الرهن إقباضه وتسليمه ، فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصيل ، وإن ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح ؛ سواء ضمنه البائع أو أجنبي ، فإذا بنى أو غرس واستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يصح ، لأنه ضمان مجهول : وضمان مالم يجب ، وقد بينا جواز ذلك .

(فصل)

فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح ، يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله ، سواء كان رجلا أو امرأة ، لأنه عقد يقصد به المال فصاح من المرأة كالبيع ، ولا يصح من المجنون والمبرسم ، ولا من صبي غير مميز بغير خلاف ، لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منهم ، كالنذر والإقرار ، ولا يصح من السفه المحجور عليه ، ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي .

وقال القاضى : يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه ، لأن من أصلنا ان اقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه صح ، فكذلك صحتها ، والأول أولى : لأنه إيجاب مال بعقد ، فلم يصح منه كالبيع والشراء ، ولا يشبه الإقرار ، لأنه إخبار بحق سابق .

وأما الصبي المميز : فلا يصح صحتها في الصحيح من الوجهين ، وهو قول الشافعى ، وخرجه أصحابنا على الرويتين في صحة اقراره وتصرفاته بإذن وليه ، ولا يصح هذا الجمع ، لأن هذا التزام مال لا فائدة له فيه ، فلم يصح منه كال تبرع والنذر ، بخلاف البيع ، وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه ، فقال الصبي قبل بلوغه ، وقال المضمون له بعد البلوغ ، فقال القاضى : قياس قول أحمد ان القول قول المضمون له ، لأن معه سلامة العقد ، فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في شرط فاسد .

ويحتمل أن القول قول الضامن ، لأن الأصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه ، وهذا قول الشافعى ، ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد ، لان المختلفين ثم متفقان على أهمية التصرف ، والظاهر أنهما لا يتصرفان الا تصرفا صحيحا ، فكان قول مدعى الصحة هو الظاهر ، وههنا اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعى الاهلية ظاهر يستند اليه ولا أصل يرجع اليه ، فلا ترجح دعواه . والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي ، وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له ، لان الأصل عدمه .

فأما المحجور عليه فليس فيصح صحتها ويتبع به بعد فك الحجر عنه ، لأنه من أهل التصرف ، والحجر عليه في ماله ، لا في ذمته ، فأشبهه الراس . فصح تصرفه فيما عدا الرهن ، فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته ، ولا يصح ضمان العبد بخير إذن سيده سواء كان مأذونا له في التجارة أو غير مأذون له وبهذا قال ابن أبى ليلى والثورى وأبو حنيفة ، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأنه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه كالأقرار بالإتلاف .

ووجه الأول : أنه عقد تضمن إيجاب مال ، فلم يصح بغير إذن كالنكاح ، وقال أبو ثور : ان كان من جهة التجارة جاز ، وان كان من غير ذلك لم يجز ، فإن ضمن بإذن سيده صح ، لان سيده لو أذن له في التصرف صح ، قال القاصي وقياس المذهب تعلق المال برقبته .

وقال ابن عقيل . ظاهر المذهب : وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد ، وقال أبو الخطاب : هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده على روايتين كاستدانته بإذن سيده وقد سبق الكلام فيها : فإن أذن له سيده في الضمان ليسكون القضاء من مال الذي في يده صح ، ويكون مافى ذمته متعلقا بالمال الذي في يد العبد ، كمتعلق حق الجناية برقبة الجاني كما لو قال الحر : صنعت لك الدين على أن تأخذ من مالى هذا صح ، وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده كالعبد القن ، لأنه تبرع بالتزام مال ، فأشبهه فطر الصدقة بغير مال ، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه ، كقولنا في العبد ، وان ضمن بإذنه ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصح أيضا ، لأنه ربما أدى الى تفويت الحرية .

والثاني : يصح ، لان الحق لها لا يخرج عنهما ؛ فأما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو غير مرض الموت فحكمه حكم الصحيح ؛ وان كان مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه بحسب من ثلثه ، لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ، ولم يأخذ عنه عوضا ، فأشبه الهبة . وإذا فهمت إشارة الآخر صح ضمانه ، لانه يصح بيعه وإقراره وتبرعه فصح ضمانه كالناطق ، ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن إشارة يفهم بها أنه قصد الضمان . لأنه قد يكتب عبثا أو تجرية قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ، ومن لا تفهم اشارته لا يصح منه الضمان لانه لا يدري بضمانيه . ولأنه لا يصح سائر تصرفاته فكذلك ضمانه .

(فصل) اذا ضمن الدين الحال مؤجلا صح ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلا على الضامن يملك مطالبة المضمين عنه دون الضامن . وبهذا قال الشافعي قال أحمد : في رجل ضمن ما على فلان أن يؤديه في ثلاث سنين . فهو عليه ، ويؤديه كما ضمن .

ووجه ذلك : ما روى ابن عباس ، أن رجلاً لزم غريباً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : ما عندى شيء أعطيك ، فقال : والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل ، فخره إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : كم تستنظره ؟ قال . شهراً ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فأنا أحمل ؛ فجاء في الوقت الذي قال النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : من أين أصبت هذا ؟ قال : من معدن قال : لا خير فيها ، وقضاها عنه ، رواه ابن ماجه في سننه ، ولأنه ضمن مالا بعقد مؤجل ، فكان مؤجلاً كالبيع .

فإن قيل : فعندكم الدين الحال لا يتأجل ، فكيف يتأجل على الضامن ؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه .

قلنا : الحق يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان بعقد ، وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فإنه لم يكن ثابتاً عليه حالا ، ويجوز أن يخالف ما في ذمة الضامن ما في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل .

إذا ثبت هذا : وكان الدين مؤجلاً إلى شهر فضمنه إلى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن إلى شهرين ، فإن قضاء قبل الأجل فله الرجوع به في الحال على الرواية التي تقول : إنه إذا قضى دينه بغير إذن رجع به ، لأن أكثر ما فيه هنا أنه قضى بغير إذن وعلى الرواية الأخرى لا يرجع به قبل الأجل ، لأنه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك ، وإن كان الدين مؤجلاً فضمنه حالا لم يصر حالا ، ولا يلزمه أدائه قبل أجله ، لأن الضامن فرع للمضمون عنه : فلا يلزمه ما لا يلزم المضمون عنه ، ولأن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله ، فبأن لا يلزم الضامن أولى ، ولأن الصنمان التزام دين في الذمة ، فلا يجوز أن يلتزم ما لا يلزم المضمون عنه ، فعلى هذا إن قصناه حالا لم يرجع به قبل أجله لأن ضمانه لم يغيره عن تأجيله ، والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها : أن الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان ، فإذا ضمنه مؤجلاً فقد التزم بعض ما يجب

على المضمون عنه : فصح كما لو كان الدين عشرة فصمن خمسة ، وأما الدين المؤجل فلا يستحق قصاؤه إلا عند أجله ، فإذا ضمنه حالا التزم ما لم يجب على المضمون فأشبه ما لو كان الدين عشرة فصمن عشرين ، وقيل : يحتمل أن يصح ضمان الدين المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياسا لإحداهما على الأخرى ، وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس إن شاء الله تعالى .

(فصل)

وإذا ضمن ديناً مؤجلاً عن إنسان مات أحدهما ، إما الصنمان وإما المضمون عنه ، فهل يحل الدين على الميت منهما ؟ على روايتين تقدم ذكرهما .

فإن قلنا : يحل على الميت لم يحل على الآخر ، لأن الدين لا يحل على شخص بموت غيره فإن كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الصنمان قبل الأجل فإن قصناه قبل الأجل كان متبرعا بتعجيل القصاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الأجل ؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى بغير إذن من هو عليه ؛ وإن كان الميت الصنمان فاستوفى الغريم الدين من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق ، لأنه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته به قبل أجله ، وهذا مذهب الشافعي ، وحكى عن زفر أن لهم مطالبته لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته . ولنا أنه دين مؤجل فلا تجوز مطالبته به قبل الأجل كما لو لم يموت ، وقوله . أدخله فيه ، قلنا ، إنما أدخله في المؤجل وحلوه بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الأجل .

« مسألة » قال (ولا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الصنمان)

يعنى أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الصنمان ، كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض ، بل يثبت الحق في ذمة الصنمان مع بقاءه في ذمة المضمون عنه ، وإصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة وبعد الموت ، وهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء ، وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل ، وحكى ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود ، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال « كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال ، هل على صاحبكم من دين ؟

قالوا : نعم درهمان . فقال : صلوا على صاحبكم ، فقال علي : هما علي رسول الله ، وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ، ثم أقبل علي علي فقال : جزاك الله خيراً عن الإسلام ، وفك رهانتك كما فككت رهان أخيك . فقيل : يا رسول الله هذا لعل خاصة أم للناس عامة ؟ فقال : للناس عامة ، رواه الدارقطني ، فدل على أن المضمون عنه برى بالضميان .

وروى الإمام أحمد في المسند عن جابر قال « توفي صاحب لنا فأتينا النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال : أعليه دين ؟ قلنا : ديناران ، فانصرف ، فتحملها أبو قتادة ، فقال : الديناران علي ؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم . وجب حق الغريم ؛ وبرى الميت منها ؟ قال نعم . فصلى عليه ثم قال بعد ذلك . ما فعل الديناران ؟ قال : إنما مات أمس ، قال : فماد إليه من الغد ، فقال : قد قضيتها . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم . الآن بردت جلده . وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله « وبرى الميت منها » ، ولأنه دين واحد ، فإذا صار في ذمة ثانية برئت الأولى منه كالحال به ، وذلك لأن الدين الواحد لا يحل في محلين .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » وقوله في خبر أبي قتادة « الآن بردت جلده » حين أخبره أنه قضى دينه ، ولأنها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة ، وأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلا لأنه بالضميان صار له وفاء ، وإنما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتمتع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء ، وأما قوله لعل « فك الله رهانتك كما فككت رهان أخيك » فإنه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، فلما ضمنه فكاه من ذلك أو مما في معناه ، وقوله « برى الميت منهما » صرت أنت المطالب بهما ، وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الأداء عليه ، بدليل قوله في سياق الحديث حين أخبره بالقضاء « الآن بردت عليه جلده » ويفارق الضمان الحوالة ، فإن الضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما ، والحوالة من التحول . فتقتضي تحول الحق من محله إلى ذمة المحال عليه . وقولهم ، إن الدين الواحد لا يحل في محلين . قلنا . يجوز

تعلقه بمجلين على سبيل الاستيثاق ، كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن ، وقال أبو بكر عبد العزيز . أما الحق فلا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة ، وأما الميت . ففي براءته بمجرد الضمان روايتان .

أحدهما . يبرأ بمجرد الضمان ، نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى ، لما ذكرنا من الخبرين ، ولأن فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته . فينبغي أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان بخلاف الحق ، فإن المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق وثبوته في الذمتين أكد في الاستيثاق بالحق .

والثانية . لا يبرأ الا بالاداء لما ذكرناه ، ولأنه ضمان فلا يبرأ به المضمون عنه كالحق .

(فصل) ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، وحكى عن مالك في إحدى الروايتين عنه . أنه لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة المضمون عنه ؛ لانه وثيقة فلا يستوفى الحق منها الا عند تعذر استيفائه من الاصل كالرهن .

ولنا أن الحق ثابت في ذمة الضامن فلك مطالبته كالاصيل ؛ ولأن الحق ثابت في ذمتها فلك مطالبة من شاء منهما كالضامين اذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ، ولا يشبه الرهن ، لانه مال من عليه الحق ، وليس بذى ذمة يطالب انما يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره .

(فصل) وان أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن ، لا نعلم فيه خلافاً . لانه تبع ولانه وثيقة ، فإذا برىء الاصل زالت الوثيقة كالرهن ؛ وان أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه ، لانه أصل فلا يبرأ بإبراء التبع ، ولانه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها ، فلم تبرأ ذمة الاصل كالرهن اذا افسخ من غير استيفائه . وأيهما قضى الحق برئاً جميعاً من المضمون له ، لانه حق واحد . فإذا استوفى مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفى الحق الذى به رهن ، وان أحال الغريم برئاً جميعاً ، لانه حق واحد ، فإذا استوفى مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفى دين الرهن ، وان أحال أحدهما الغريم برئاً جميعاً ، لان الحوالة كالتضاء .

(فصل) وان ضمن الصنمان ضامن آخر صح . لانه دين لازم في ذمته ،

فصح صمنانه . كسائر الديون ويثبت الحق في ذمم ثلاثة أيهم قصناه برئت ذممهم كلها . لانه حق واحد ، فاذا قضى مرة لم يجب قصناه مرة أخرى . وان أبرأ الصمنان المصنمون عنه برى الصمنان لانهما فرع . وان أبرأ الصمنان الاول برى الصمنان كذلك ولم يبرأ المصنمون عنه لما تقدم . وان أبرأ الصمنان الثاني برى وحده . ومتى حصلت برائة الذمة بالابراء فلا يرجع فيها بحال . لان الرجوع مع الغرم . وليس في الإبراء غرم . والكفالة كالصنمان في هذا المعنى جميعه ، وتزيد بأنه اذا مات المكفول عنه برى كفيله . وان مات الكفيل الاول برى الثاني دون المكفول عنه . لان الوثيقة انحلت من غير استيفاء فأشبه الرهن وان مات الكفيل الثاني برى وحده .

(فصل) وان صمن المصنمون عنه الصمن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح . لان الصمنان يقتضى الزامه الحق في ذمته . والحق لازم له . فلا يتصور الزامه ثانيا . ولانه أصل في هذا الدين . فلا يجوز أن يصير فرعا فيه . وان صمن عنه ديننا آخر أو كفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرناه فيه .

(فصل) ويجوز أن يصمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر . سواء صمن كل واحد منهم جميعه أو جزءا منه . فان صمن كل واحد منهم جميعه برى كل واحد منهم بأداء أحدهم . وان أبرأ المصنمون عنه برى الجميع . لانهم فروع له . وان أبرأ أحد الصمنان برى وحده . ولم يبرأ غيره . لانهم غير فروع له . فلم يبرأ ببراءته كالصمنون عنه . وان صمن أحدهم صاحبه لم يجز . لان الحق ثبت في ذمته بصمنانه الاصلى . فلا يجوز أن يثبت ثانيا . ولانه أصل فيه بالصمنان . فلا يجوز أن يصير فيه فرعا ، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلا جاز . ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه . لان الكفالة بيدنه لا بما في ذمته : وأى الكفيلين أحضر المكفول به برى وبرى صاحبه من الكفالة لانه فرعه ولم يبرأ من احضار المكفول به لانه أصل في ذلك . وان كفل المكفول الكفيل لم يجز لانه أصل له في الكفالة لم يجز أن يصير فرعا له فيما كفل به . وان كفل به في غير هذا الحق جاز لانه ليس بفرع له في ذلك .

« مسألة ، قال (فتي أدى رجوع عليه سواء قال له اضمن عني أو لم يقل)

يعنى : إذا أدى الدين محتسبا بالرجوع على المضمون عنه : فأما إن قضى الدين متبرعا به غير ناو للرجوع به فلا يرجع بشئ . لأنه يتطوع بذلك . أشبه الصدقة ، وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره ، فأما إذا أداه بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال :

أحدها : أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدى بأمره فإنه يرجع عليه سواء قال له اضمن عني أو أدّ عني أو اطلق . وهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف وقال أبو حنيفة ومحمد : إن قال اضمن عني وانقد عني رجع عليه ، وإن قال انقد هذا لم يرجع إلا أن يكون مخالطا له يستقرض منه ويودع عنده . لأن قوله اضمن عني وانقد عني إقرار منه بالحق . وإذا أطلق ذلك صار كأنه قال : هب لهذا أو تطوع عليه ، وإذا كان مخالطا له رجع استحسانا ، لأنه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه ولنا أنه ضمن ودفع بأمره ، فأشبه إذا كان مخالطا له ، أو قال : اضمن عني وما ذكرناه ليس بصحيح ، لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه ، وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه بدليل المخالط له ، فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به .

الحال الثانى : ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضا ، وبه قال مالك والشافعى فى أحد الوجوه عنه ، والوجه الثانى : لا يرجع به لأنه دفع بغير أمره . أشبه ما لو تبرع به . الثالث أنه إن تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجوع وإلا فلا ، لأنه تبرع بالدفع

ولنا أنه إذا أذن فى الضمان تضمن ذلك إذنه فى الأداء ، لأن الضمان يوجب عليه الأداء فرجع عليه كما لو أذن فى الأداء صريحا

الحال الثالث : ضمن بغيره أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضا . وظاهر مذهب الشافعى أنه لا يرجع لأن أمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا ، أو كما لو ضمن بأمره

وقولهم : ان أذنه في الفضاء انصرف الى ما وجب بضمانه . قلنا الواجب بضمانه إنما هو أداء دينه وليس هو شيئاً آخر ، فتي أداه عنه يأذنه لزمه إعطاؤه بدله

الحال الرابع : ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره . ففيه روايتان

إحداهما يرجع بنا أدى ، وهو قول مالك وعبد الله بن الحسن واسحاق والثانية لا يرجع بشيء ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ، بدليل حديث علي وأبي قتادة فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه ، ولم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأنه تبرع بذلك : أشبه ما لو علف دوابه . وأطعم عبيده بغير أمره .

ووجه الاولى أنه قضاء مبريء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه ، فأما علي وأبو قتادة فإنهما تبرعا بالقضاء والضمان فانهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه صلى الله عليه وسلم من عليهما بأنه لم يترك وفاء والمتبرع لا يرجع بشيء . وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين بما قضى أو قدر الدين ، لانه ان كان الاقل الدين ، فالزائد لم يكن واجبا . فهو متبرع بأدائه ، وان كان المقضى أقل ، فاما يرجع بما غرم . ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء . وان دفع عن الدين عرضا يرجع بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لذلك . فان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله . لانه لا يجب له أكثر مما كان للغريم ، فان أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقيضه ويرجع بالاقل مما أحال به أو قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء فليس أو مطل لان نفس الحوالة كالإقباض

(فصل)

ولو كان على رجلين مائة على كل منها نصفها ، وكل واحد ضامن عن صاحبه ما عليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاهما سقط الحق عن الجميع ، وله الرجوع بهما على الذي ضمن عنه ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء في إحدى الروايتين

لأنه لم يضمن عنه ولا أذن له في القضاء ، فإذا رجع على الذي ضمن عنه رجع على الآخر بنصفها ، إن كان ضمن عنه بإذنه لأنه ضمنها عنه بإذنه وقضاها ضامنه .
والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمانة ، لأنها وجبت له على من أداها عنه ، فذلك الرجوع بها عليه كالأصل .

(فصل) إذا ضمن عن رجل بإذنه فطوبى للضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لأنه لزمه الأداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته ، وإن لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه ، لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه

وفيه وجه آخر أن له المطالبة لأنه شغل ذمته بإذنه ، فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان للسيد مطالبة بفكاكه وتفريغه من الرهن والاول أولى ، ويفارق الضمان العارية لأن السيد يتضرر بتعويق منافع عبده المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه . والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منافعه ، فأما إن ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الأداء بحال ، لأنه لا حق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبهه الأجنبي

وقيل إن هذا يبنى على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه . فإن قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال ، وإن قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله .

(فصل) فإن ضمن الضامن ضامن آخر ففرض أحدهم الدين برئوا جميعاً فإن قضاه المضمون عنه لم يرجع على أحد ، وإن قضاه الضامن الاول رجع على المضمون عنه دون الضامن عنه ، وإن قضاه الثاني رجع على الاول ، ثم رجع الاول على المضمون عنه إذا كان كل واحد منهما قد أذن لضمانه ، فإن لم يكن أذن له ففي الرجوع روايتان ، وإن أذن الاول للثاني ولم يأذن المضمون عنه أو أذن المضمون عنه لضمانه ولم يأذن الضامن لضمانه رجع المأذون له على من أذن له ، ولم يرجع الآخر على إحدى الروايتين ، فإن أذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجع على المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لأنه إنما يرجع على من أذن له دون غيره

فصل

إذا كان له ألف على رجلين ، على كل واحد منهما نصفه ، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فأبرأ الغريم أحدهما من الألف برىء منه ، وبرىء صاحبه من ضمانه ، وبقي عليه خمسمائة ، وإن قضاه أحدهما خمسمائة أو أبرأه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بيينة عن الأصل والضمان انصرف اليه ، وإن أطلق احتمال أن له صرفها الى ماشاء منهما ، كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها الى ماشاء منهما ، واحتمل أن يكون نصفها عن الأصل ونصفها عن الضمان لأن إطلاق القضاء والابراء ينصرف الى جملة ما في ذمته ، فيكون بينهما ، والمعتبر في القضاء . لفظ القاضى ونيته ، وفي الابراء : لفظ المبرىء ونيته ، ومتى اختلفوا في ذلك ، فالقول قول من المعتبر لفظه ونيته .

(فصل) ولو ادعى ألفاً على حاضر وغائب ، وأن كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الألف منه . فإذا قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه ، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه ، وإن أنكر الحاضر فالقول قوله مع يمينه ، فإن قامت عليه بيينة فاستوفى الألف منه لم يرجع على الغائب بشيء ، لأنه بإنكاره معترف أنه لا حق له عليه وإنما المدعى ظلمه ، وإن اعترف الغائب وعاد الحاضر عن انكاره فله أن يستوفى منه ، لأنه يدعى عليه حقاً يعترف له به ، فكان له أخذه منه ، وإن لم يقم على الحاضر بيينة حلف وبرىء ، فإذا قدم الغائب فأنكر أيضاً وحلف وبرىء ، وإن اعترف لزمه دفع الألف ، وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يلزمه الا خمس المائة الأصلية دون المضمونة ، لأنها سقطت عن المضمون عنه يمينه فتسقط عن ضمانه .

ولنا أنه يعترف بها وغريمه يدعيها ، واثنين إنما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته ، ولهذا لو قامت عليه بيينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن .

(فصل) وإذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأنكر المضمون له ، ولا بيينة له فالقول قول المضمون له ، لأنه ادعى تسليم المال الى من لم يأمنه ، فكان القول

قول المنكر ، وله مطالبة من شاء منهما ، فإن رجع على المضمون عنه ، فهل يرجع الضامن بما قضاه عنه ؟ نظرنا ، فإن لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه ، وإن اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء ، سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه ، لأنه أذن له في قضاء مبريء ولم يوجد ، وإن قضاه بينته ثبت بها الحق ، لكن أن كانت ميتة أو غائبة فللضامن الرجوع على المضمون عنه ، لأنه معترف أنه ما قصر ولا فرط ، وإن قضاه بينته مردودة بأمر ظاهر ، كالكفر والفسق الظاهر ، لم يرجع الضامن لتفريطه ، لأن هذه البينة كعدمها ، وإن ردت بأمر خفي : كالفسق الباطن ، أو كانت الشهادة مختلفا فيها ، مثل أن أشهد عيدين ، أو شاهداً واحداً فردت لذلك : أو كان ميتاً أو غائباً احتمل أن يرجع ، لأنه قضى بينة شرعية ، والجرح والتعديل ليس اليه ، واحتمل أن لا يرجع ، لأنه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وإن قضى بغير بينة بحضرة المضمون عنه فقيه وجهان .

أحدهما : يرجع . وهو مذهب الشافعي ، لأنه إذا كان حاضراً كان الاحتياط اليه ، فإذا ترك التحفظ ، وهو حاضر ، فهو المفرط دون الصنمان .

والثاني . لا يرجع . لأنه قضى قضاء لا يرى ، فأشبه ما لو قضى في غيبته فأما أن يرجع المضمون له على الصنمان فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاه ثانياً ، لأنه أبرأ به ذمته ظاهراً ، قال القاضي : ويحتمل أن له الرجوع بما قضاه أولاً دون الثاني ، لأن البراءة حصلت به في الباطن ، ولا أصحاب الشافعي كهذين الوجهين ، وجه ثالث : أنه لا يرجع بشيء بحال ، لأن الأول ما أبرأه ظاهراً ، والثاني ما أبرأه باطناً .

ولنا أن الضامن أدى عن المضمون عنه بإذنه إذا أبرأه ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به البينة ، والوجه الأول أرجح ، لأن القضاء المبريء في الباطن ما أوجب الرجوع ، فيجب أن يجب بالباق المبريء في الظاهر ، وإن اعترف المضمون له بالقضاء ، وأنكر المضمون عنه ، لم يلتفت إلى انكاره ، لأن ما في ذمته حق المضمون له ، فإذا اعترف بالقبض من الصنمان فقد اعترف بأن الحق الذي له صار للصنمان ، فيجب أن يقبل إقراره ، لكونه إقراراً في حق نفسه .

ويحتمل أن لا يقبل ، لأن الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه ، فقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل ، والصحيح الأول : وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة ، كشهادة المرضة بالرضاع ، وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث .

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار : لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ ، والصنمين والكفيل على بصيرة أنه لا حظ لها ، ولأنه عقد لا يقتصر الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، ولا نعلم عن أحد خلافهم ، فإن شرط الخيار فيهما فقال القاضي . عندى أن الكفالة تبطل ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه شرط ما ينافي مقتضاها ففسدت ، كما لو شرط أن لا يؤدي ما على المكفول به ، وذلك لأن مقتضى الصنمين والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفّل به ، والخيار ينافي ذلك .

ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة ، كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع ولو أقر بأنه كفّل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط ، لأنه وصل بإقراره ما يبطله ، فأشبهه استثناء الكل .

(فصل) وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفا ضمان اشتراط فقالا : ضمنا لك الألف الذي على زيد ، فكل واحد منهما ضامن لنصفه ، وإن كانوا ثلاثة ، فكل واحد منهم ضامن ثلثه ، فإن قال واحد منهم : أنا وهذان ضامنون لك الألف ، فسكت الآخران ، فعليه ثلث الألف ، ولا شيء عليهما ، وإن قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الألف ، فهذا ضمان اشتراك وانفراد ، وله مطالبة كل واحد منهم بالألف كله إن شاء ، وإن أدى أحدهم الألف كله أو حصته لم يرجع إلا على المضمون عنه ، لأن كل واحد منهم ضامن أصلي ، وليس بضامن عن الضامن الآخر

« مسألة ، قال (ومن كفّل بنفسه لزمه ما عليها إن لم يسلبها)

وجملة ذلك : أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر أهل العلم ، هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة ، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة ، واختلف أصحابه ، فمنهم من قال : هي صحيحة قولاً واحداً

ولما أراد أنها ضعيفة في القياس ، وإن كانت ثابتة بالإجماع والآخر ، ومنهم من قال فيها قولان ، أحدهما : أنها غير صحيحة ، لأنها كفالة بعين ، فلم تصح ، كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين .

ولنا قول الله تعالى (١٢ : ٦٦) قال لن أرسله معكم حتى تؤتونا موثقاً من الله لتأتينى به إلا أن يحاط بكم) ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال .

إذا ثبت هذا : فإنه متى تعذر على الكفيل إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من إحضاره لزمه ما عليه . وقال أكثرهم : لا يغرّم . ولنا عموم قوله عليه السلام : الزعيم غارم ، ولأنها أحد نوعي الكفالة ، فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال .

فصل

وإذا قال : أنا كفيل بفلان ، أو بنفسه ، أو يده ، أو بوجهه ، كان كفيلاً به وإن كفّل برأسه أو كيدته ، أو جزء لا تبقى الحياة بدونه ، أو بجزء شائع منه كثلثه أو رבעه ، صحت الكفالة ، لأنه لا يمكنه إحضار ذلك إلا بإحضاره كله ، وإن تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كيدته ورجله ففيه وجهان .

أحدهما : تصح الكفالة ، وهو قول أبي الخطاب وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه لا يمكنه إحضار هذه الاعضاء على صفتها إلا بإحضار البدن كله فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه ، ولأنه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه إذا أضيف إلى البعض كالطلاق والعناق .

والثاني : لا يصح ، لأنه يمكن إحضاره بدون الجملة مع بقائها ، وقال القاضي لا تصح الكفالة ببعض البدن ، ولا تصح إلا في جميعه ، لأن ما لا يسرى لا يصح إذا خص به عضو كالبيع والاجارة .

فصل (وتصح الكفالة بيدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بيدن لازم ، سواء كان الدين معلوماً أو مجهولاً ، وقال بعض أصحاب الشافعي : لا تصح بمن عليه دين مجهول ، لأنه قد يتعذر إحضار المكفول به ، فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله .

ولنا أن الكفالة بالبدن لا بالدين ، والبدن معلوم ، فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ، ولأننا قد تبيننا أن ضمان المجبور يصح وهو التزام المال ابتداء ، فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداء أولى ، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون ، لانهما قد يجب احضارهما بمجلس الحكم للشهادة عليهما بالاتلاف ، واذن وليهما يقوم مقام اذنهما وتصح الكفالة ببدن المجبوس والغائب ، وقال أبو حنيفة : لا تصح .

ولنا أن كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة ، والحبس كالرهن والضمان ، ولأن الحبس لا يمنع من التسليم لكون المجبوس يمكن تسليده بأمر الحاكم أو أمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس بالحقين جميعاً ، والغائب يمضى اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة ، وهو أن يعلم خبره ، فان لم يعلم خبره لزمه ما عليه ؛ قاله القاضي ، وقال في موضع آخر : لا يلزمه ما عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها فلا يفعل .

فصل

ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد ، سواء كان حقاً لله تعالى ، كحد الزنا والسرقة ، أو لأدمى كحد القذف والقصاص ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم شريح والحنس ، وبه قال إسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وبه قال الشافعي في حدود الله تعالى ، واختلف قوله في حدود الأدمى ، فقال في موضع لا كفالة في حدود الأدمى ولا لعان ، وقال في موضع : تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد ؛ لانه حق لأدمى ، فصحت الكفالة به كسائر حقوق الأدميين .

ولنا ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا كفالة في حد ، ولانه حد ، فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ولان الكفالة استيثاق ، والحدود مبتاهة على الاسقاط والدرء بالشبهات ، فلا يدخل فيها الاستيثاق ، ولانه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل اذا تعذر عليه احضار المكفول به ، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا .

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة ، لان الحصون لا يلزمه ، فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة .

(فصل) وتصح الكفالة حالة ومؤجلة ، كما يصح الضمان حالا ومؤجلاً ،

وإذا أطلق كانت حالة ، لأن كل عقد يدخله الحلول اقتضى إطلاقه الحلول كالفن والضمان ، فإذا تكفل حالاً كان له مطالبته بإحضاره ، فإن أحضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسليه ، لأنه لا يحصل له غرضه ، وإن لم تكن يد حائلة لزمه قبوله ، فإن قبله برىء من الكفالة . وقال ابن موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت إليك منه ، أو قد سلته إليك ، أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيح الأول لأنه عقد على عمل فبرىء منه بالعمل المعقود عليه كالإجارة ، فإن امتنع من تسليه برىء لأنه أحضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسليه على وجه لا ضرر في قبضه فبرىء منه كالمسلم فيه ، وقال بعض أصحابنا : إذا امتنع من تسليه أشهد على امتناعه رجلين وبرىء لأنه فعل ما وقع العقد على فعله فبرىء منه . وقال القاضي : يرفعه إلى الحاكم فيسله إليه ، فإن لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله ، والأول أصح ، فإن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى نائبه كحاكم أو غيره

وإن كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الاجل كالدين المؤجل ، فإذا حل الاجل فأحضره وسلمه برىء ، وإن كان غائباً أو مرتداً لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي إليه وإعادته ، وقال ابن شبرمة يحبس في الحال لأن الحق قد توجه عليه

ولنا أن الحق يعتبر في وجوب أدائه إمكان التسليم ، وإن كان حالاً كالدين . فإذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره : أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من إحضاره مع إمكانه أخذ بما عليه . وقال أصحاب الشافعي : إن كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل بإحضاره ولم يلزمه شيء ، وإن امتنع من إحضاره مع إمكانه حبس . وقد دللنا على وجوب الغرم فيما مضى . وإن أحضر المكفول به قبل الاجل ولا ضرر في تسليمه لزمه ، وإن كان فيه ضرر : مثل أن تكون حجة الغريم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم أو الدين مؤجلاً عليه لا يمكن اقتضاؤه منه ، أو قد وعده بالإظهار في تلك المدة لم يلزمه قبوله ، كما نقول فيمن دفع الدين المؤجل قبل حلوله

(فصل) وإذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من

الكفالة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد . وقال القاضي : إن أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه برىء من الكفالة . وقال بعض أصحابنا : متى أحضره في أى مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان برىء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن إثبات الحجّة فيه . وقيل إن كان عليه ضرر في إحضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل بإحضاره فيه وإلا برىء ، كقولنا فيما إذا أحضره قبل الأجل ، ولأصحاب الشافعى اختلاف على نحو ما ذكرنا

ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ ، كآلو أحضر المسلم فيه في غير هذا الموضع الذى شرطه ، ولأنه قد سلم في موضع لا يقدر على إثبات الحجّة فيه لغيبه شهوده أو غير ذلك ، وقد يهرب منه ولا يقدر على إمساكه ، ويفارق ما إذا أحضره قبل الأجل فإنه يجزى الحق قبل أجله فزاده خيراً ، فإذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله ، وإن وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالمسلم فإن سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذى عينه . وإن كان المكفول به محبوساً عند غير الحاكم لم يلزمه تسليمه محبوساً . لأن ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه . وإن كان محبوساً عند الحاكم فسلمه إليه محبوساً لزمه تسليمه ، لأن حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه . وإذا طالب الحاكم بإحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما ثم يردّه إلى الحبس . وإن توجه عليه حق للمكفول له حبسه بالحق الأول أو حق المكفول له

(فصل) وإن كفّل الى أجل مجهول لم تصح الكفالة . وبهذا قال الشافعى لانه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه ، وهكذا الصنيان ، وإن جعله الى الحصاد والجزاز والعطاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع ، والأولى صحتها هنا لانه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة ، وقد روى منها عن أحد في رجل كفّل رجلاً آخر فقال : أن جئت به في وقت كذا والافا عليه على ، فقال لا أدري ، ولكن إن قال ساعة كذا لزمه ، فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتاً متسعاً أو وقت شىء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه ، فأما إن قال :

وقت طلوع الشمس ونحو ذلك صح ، وإن قال : إلى الغد أو شهر كذا تعلق بأوله على ما ذكرنا في السلم .

(فصل) وإذا تكفل برجل إلى أجل إن جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لأن هذا تعليق الضمان بخاطر ، فلم يصح كما لو علقه بقدم زيد . ولنا أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه : كما لو قال : إن جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي ، ومبنى الخلاف ههنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة ، وقد دللنا عليه ، وأما إن قال إن جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل بيدن فلان : أو فأنا ضامن لك مالك على فلان ، أو قال : إذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه ، أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان : أو قال : أنا كفيل بفلان شهراً : فقال القاضي . لا تصح الكفالة ، وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن ، لأن ذلك خطر ، فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به ، كما يجزى المطر وهبوب الريح ، ولأنه إنبات حق لأدعى معين ، فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب : تصح ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنه أضاف الضمان إلى سبب الوجود فيجب أن يصح كضمان الدرك ، والأول أقبح ، فإن قال . كفلت بفلان إن جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل بفلان ، أو ضامن المال الذي على فلان ، لم يصح فيها عند القاضي . لأن الأول مؤقت والثاني معلق على شرط ، وقال أبو الخطاب . يصح فيها ، وأما إن قال . كفلت بأحد هذين الرجلين لم يصح في قولهم جميعاً لأنه غير معلوم في الحال ولا في المال .

(فصل)

فإن قال . كفلت بيدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل ، أو على أن تبرئته من الكفالة لم يصح لأنه شرط شرطاً لا يلزم الوفاء به فيكون فاسداً وتفسد الكفالة به ، ويحتمل أن تصح الكفالة ، لأنه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل إليه ، فعلى هذا . لا تلزمه الكفالة إلا أن يرى المكفول له الكفيل الأول لأنه إنما أكفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالاته بدون شرطه ، وإن قال . كفلت لك

بهذا الغريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان ، أو ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر ، أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان ، والاولى : أنه لا يصح ، لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر ، وكذلك لو شرط في الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عينه ؛ أو يؤجره داره لم يكن يصح لما ذكرنا .

(فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح ، وأيهم قضى الدين برى الآخران . لما ذكرنا في الصنمان ، وإن سلم المكفول به نفسه برى كفيلاه ، لانه أتى بما يلزم الكفيلين ؛ وهو إحصاء نفسه فبرئت ذمتها كما لو قضى الدين ، وإن أحضر أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تنحل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنيين من غير قصاء الحق ، وفارق ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لهما فإذا برى الأصل مما تكفل به عنه برى فرعاه ، وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته ولذلك لو أبرى المكفول به برى كفيلاه ، ولو أبرى أحد الكفيلين برى وحده دون صاحبه . (فصل) ولو تكفل واحد لاثنتين فأبراه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر ، لان عقد الواحد مع الاثنتين بمنزلة العقدين ، فقد التزم احصاءه عند كل واحد منهما ، فإذا أحضره عند واحد برى منه وبقي حق الآخر ، كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقه .

(فصل) وتفنقر صحة الكفالة إلى رضی الكفيل لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه ولا يعتبر رضی المكفول له لانها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة ، ولانها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر ، فأما رضاه المكفول به فقيه وجهان .

أحدهما : لا يعتبر كالصنمان .

والثاني . يعتبر ، وهو مذهب الشافعي ، لان مقصودها احصاءه وإن تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ، ولانه يجعل لنفسه حقاً عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يحز كما لو لزمه الدين ، وفارق الصنمان فإن الصنمان بقصني الحق

ولا يحتاج الى المضمون عنه ، وعلى كلا الوجهين : متى كانت الكفالة بإذنه فأراد الكفيل إحضاره لزمه الحضور معه ، لأنه شغل ذمته من أجله بإذنه ، فكان عليه تخليصها ، كما لو استعار عبده فرهته بإذنه كان عليه تخليصه إذا طلبه سيده ، وإن كانت الكفالة بغير إذنه نظرنا : فإن طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه ، لأن حضوره حق للمكفول له ، وقد استتاب الكفيل في طلبه ، وإن لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه ، لأنه لم يشغل ذمته ، وإنما الكفيل شغلها باختيار نفسه ، فلم يجوز أن يثبت له بذلك حق على غيره ، وإن قال المكفول له : أحضر كفيلك كان توكيلا في إحضاره ، ولزمه أن يحضر معه ، كما لو وكل أجنبيا وإن قال أخرج من كفالتك ، احتمل أن يكون توكيلا في إحضاره كاللفظ الأول ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا : فلا يلزمه الحضور معه .

(فصل) وإذا قال رجل لآخر : اضمن عن فلان ، أو اكفل بفلان ، ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للبشر دون الأمر ، لأنه كفل باختيار نفسه ، وإنما الأمر إرشاد وحث على فعل خير ، فلم يلزمه به شيء .

« مسألة » قال (فان مات برىء المتكفل)

وجملته : أنه إذا مات المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء ؛ وبهذا قال شريح والشعبي وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي ، وقال الحكم ومالك والليث : يجب على الكفيل غرم ما عليه ، وحكى ذلك عن ابن شريح ؛ لأن الكفيل وثيقة بحق ، فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن ، ولأنه تعذر إحضاره فإلزم كفيله ما عليه كما لو غاب .

ولنا أن الحصنور سقط عن المكفول به فبرىء الكفيل كما لو برىء من الدين ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرىء الفرع كالضامن إذا قصصى المضمون عنه الدين أو أبرىء منه وفارق ما إذا غاب ، فإن الحصنور لم يسقط عنه ، ويفارق الرهن ، فإنه علق به المال فاستوفى منه .

(فصل) إذا قال الكفيل : قد برىء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة

أو قال : لم يكن عليه دين حين كفلته ، فأنكر المكفول له ، فالقول قوله ، لأن الأصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه اليمين ؛ فإن نكل قضى عليه ، ويحتمل أن لا يستحلف فيها إذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لا دين عليه ، لأن الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه ، فإن من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر ، والأول أولى ، لأن ما ادعاه محتمل .

(فصل) وإذا قال المكفول له الكفيل . أبرأتك من الكفالة برىء ، لانه حقه ، فيسقط باسقاطه كالدين ، وإن قال : قد برئت الى منه ؛ أو قد رددته الى برىء أيضاً ، لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان ، وكذلك إذا قال : برئت من الدين الذي كفلت به ، ويرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به ، ولا يكون اقراراً بقبض الحق ، وهذا قول محمد بن الحسن ، وقيل يكون اقراراً بقبض الحق فيما إذا قال : برئت من الدين الذي كفلت به ، والأول أصح ؛ لانه يمكن براءته بدون قبض الحق ببراء المستحق أو موت المكفول به فأما ان قال للمكفول به : أبرأتك عما لي قبلك من الحق ، أو برئت من الدين الذي قبلك ، فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة ، لانه لفظ يقتضى العموم في كل ما قبله ؛ وإن قال : برئت من الدين الذي كفل به فلان برىء وبرىء كفيله .

(فصل) وإذا كان لذي على ذمى خمر فكفل به ذمى آخر ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه برىء الكفيل والمكفول عنه ، وقال أبو حنيفة . إذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما ويلزمهما قيمة الخمر ، لانه كان واجباً ولم يوجد اسقاط ولا استيفاء ، ولا وجد من المكفول له ما يسقط حقه فبقى بحاله .

ولنا أن المكفول به مسلم فلم يجب عليه الخمر ، كما لو كان مسلماً قبل الكفالة ، وإذا برىء المكفول به برىء كفيله ، كما لو أدى الدين أو أبرأه منه ، ولانه لو أسلم المكفول له برما جميعاً ، وكذلك إذا أسلم المكفول به ، وإن أسلم الكفيل وحده برىء من الكفالة لانه لا يجوز وجوب الخمر عليه وهو مسلم .

(فصل) فإذا قال . أعط فلانا ألفاً ففعل ، لم يرجع على الأمر ، ولم يكن له ذلك كفالة ، ولا ضماناً الا أن يقول . أعطه عني ، وقال أبو حنيفة : يرجع عليه إذا كان خليطاً له ، لأن العادة أنه يستقرض من خليطه .

ولنا أنه لم يقل أعطه عني ، فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطا ، ولا يلزم إذا كان له عليه مال فقال . أعطه فلانا حيث يلزمه ، لأنه لا يلزمه لاجل هذا القول بل لأن عليه حقا يلزمه أدائه .

(فصل) إذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع ، فحيف غرقها فالتى بعض من فيها متاعه في البحر لتخف ، لم يرجع به على أحد ، سواء ألقاه محتسبا بالرجوع أو متبرعا ، لأنه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان ، فان قال له بعضنم . ألقى متاعك فألقاه فكذلك ، لأنه لا يكرهه على القائه ولا ضمن له ، وان قال : ألقه وعلى ضمانه فألقاه ، فعلى القائل ضمانه ، ذكره أبو بكر ، لأن ضمان مالم يجب صحيح ، وان قال : ألقه وأنا وركبان السفينة ضمنا له ففعل . فقال أبو بكر : يضمنه القائل وحده . الا أن يطوع بقيتهم .

قال القاضي : ان كان ضامن اشتراك فليس عليه الا ضمان حصته . لأنه لم يضمن الجميع انما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بصنمان سائره ، فلزمته حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين ، وان كان ضمان اشتراك وانفراد ، بأن يقول : كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته ، لزم القائل ضمان الجميع ، وسواء قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا ، أو قالوا لا نفعل . أو لم يسمعوا . لأن سكوتهم لا يلزمهم به حق .

(فصل) قال منها . سألت أحد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلين كل واحد منهما كفيل ضامن . فأيهما شاء أخذه بحقه . فأحال رب المال عليه رجلا بحقه ؟ فقال : يبرأ الكفيلان . قلت : فان مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئا ؟ قال : لا شيء له . ويذهب الالف .

(انتهى الجزء الرابع من كتاب المغنى لابن قدامة ويليهِ الجزء الخامس)

فهرس الجزء الرابع من كتاب المغنى

- ٢ باب الربا والصرف - ضروب الربا
 ٣ التفاضل في كل ما كيل أو وزن
 ٨ ما كان جنسه مكيلا أو موزونا . لا يجوز بيع ثمرة بتمرة . مالا وزن
 للصناعة فيه ٩ الربا في لحم الطير . الجيد والردى . والتبر والمضروب
 والصحيح والمكسور . كل ما حرم فيه التفاضل حرم فيه ...
 ١٠ ما كان من جنسين والتفاضل فيه
 ١١ إذا باع شيئا من مال الربا بغير جنسه ١١ ما كان مما لا يكال ولا يوزن
 ١٣ لا يباع شيء من الرطب يابس من جنسه
 ١٤ بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب
 ١٤ بيع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزنا
 ١٥ لو باع بعصنه ببعض جزافا ، مالا يشترط التماثل فيه
 ١٦ لو قال : بعثك هذه الصبرة بهذه الصبرة
 ١٧ يجوز قسم المكيل وزنا وقسم الموزون كيلا ، معرفة المكيل والموزون
 ١٨ الدقيق والسويق مكيلان ، اللبن وغيره من المائعات ١٩ التور كلها جنس
 ٢٠ إن كان المشتركان في الاسم الخاص من أصلين مختلفين
 ٢١ بيع التمر بالتمر وفروعه ، يصنع من التمر الدبس والحل
 ٢٢ العنب كالتمر ، البر والشعير جنسان ٢٣ الحنطة وفروعها
 ٢٤ بيع بعض الفروع ببعض ٢٦ سائر اللحمان جنس واحد
 ٢٧ لا يجوز بيع بعصنه ببعض رطبا ، اللحم والشحم جنسان
 ٢٨ في اللبن روايتان ٣٠ لا يجوز بيع اللحم بالحيوان
 ٣١ بيع شيء من مال الربا بأصله ٣١ بيع نوعين مختلفي القيمة
 ٣٦ الربا في دار الحرب ٣٧ من اشترى ذهباً بورق عينا بعين
 ٣٨ أخذ أرش العيب والعوضان

- ٣٩ إن تلف العوض في الصرف إذا علم المصطرفان
 ٤٠ الدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد
 ٤٠ إذا تباعا ذلك بغير عينه ٤٢ شرط المصارفة في الذمة
 ٤٣ اقتضاء أحد النقيدين ٤٤ إذا كان عليه دين مؤجل
 ٤٥ ان كان العيب دخيلا ، نفاق المغشوش من النقود
 ٤٧ متى انصرف المتصارفان قبل التقابض
 ٤٨ لو صارف دينارا بعشرة دراهم ، اذا باع مدى تمر ردى بدرهم
 ٤٩ الحيل ككلمها محرمة ٥١ لو اشترى شيئا بمكسر
 اذا كان له عند رجل دينار وديعة - بيع تراب الصاغة والمعدن
 ٥٢ العرايا - ما هي ٥٤ بيع العرايا وشروطها
 ٥٨ ان تركه المشتري حتى يتمر بيع العربية في غير النخيل
 ٥٩ بيع الاصول والثمار - التأخير ومعناه
 ٦١ ان أبر بعضه دون بعض ٦٢ طلع الفحال
 ٦٣ بيع الشجر اذا كان فيه تمر باد ٦٤ الاغصان والاوراق
 ٦٥ اذا كانت الثمرة للبائع مبقاة : ان خيف على الاصول الصنر
 ٦٦ اذا باع الارض وفيها زرع لا يحصد الا مرة
 ٦٧ ان باع أرضا وفيها زرع يحز مرة بعد أخرى : اذا اشترى أرضا فيها بذر
 ٦٨ اذا باعه أرضا بحقوقها
 ٦٩ ان باعه شجرا لم تدخل الارض - ان قال بعثك هذه القرية
 ان باعه دارا بحقوقها ٧٠ ان كان في الارض معادن جامدة
 ٧١ ان كان في الارض بئر أو عين مستنبطة
 ٧٣ اذا اشترى الثمرة دون الاصل ٧٤ بيع الثمرة قبل بدو صلاحها
 ٧٥ بيع الزرع الاخصر في الارض
 ٧٥ اذا اعترف لرجل بزرع ثم صالحه منه بعوض
 ٧٦ اذا اشترى رجل نصف ثمرة - القطن ضربان

- ٧٧ ان تركها حتى يبدو صلاحها
- ٧٨ ان اشتراها بعد أن بدا صلاحها على الترك الى الجواز
- ٧٩ بدو الصلاح في بعض الثمرة ٨٠ النوع الواحد من بسايتين
- ٨١ يجوز لمشتري الثمرة بيعها في شجرها - بدو صلاح ثمرة النخل والسكرم وغيرهما : وصفه
- ٨٢ بيع القثاء وما أشبهها - بيع أصول البقول - حكم بيع ما المقصود منه مستور في الارض - ٨٣ بيع الجوز واللوز والباقلات الاخصر
- ٨٤ بيع الرطبة كل جزء ، ان اشترى قصيلا من شعير ونحوه : الحصاد على المشتري ٨٦ ككون المنفعة معلومة - اشتراط نفع المبيع
- ٨٧ ان باعه أمة واستثنى وطنها
- ٨٩ ان باع المشتري العين المستثناة منفعتها
- ٩٠ اذا باع حائطا واستثنى منه صاعا ٩١ استثناء جزء في البيع
- ٩٣ ان باع جارية حاملا بحر ٩٤ اذا اشترى الثمرة فتلفت
- ٩٧ اذا وقع البيع على مكيل أو موزون أو معدود فتلف
- ٩٩ لو باع شاة بشعير فأكلته
- ١٠٠ ما عداه فلا يحتاج فيه الى قبض - المبيع بصفة أو رؤية . قبض كل شيء بحسبه
- ١٠١ أجرة الكيال والوزان ١٠٢ من اشترى ما يحتاج الى قبضه
- ١٠٣ مالا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز بيعه لبائعه - كل عوض لك بعقد يفسد
- ١٠٤ ان كان لزيد على رجل طعام من سلم وعليه لعمرو مثل ذلك الطعام
- سلبا ١٠٥ ان اشترى اثنان طعاما فقبضاه
- ١٠٦ الشركة فيه والتولية والحوالة به
- ١٠٨ لو اشترى قفيزا من الطعام فقبض نصفه - معنى الحوالة
- ١٠٩ الاقالة ومعناها ١١١ من اشترى صبرة طعام لا يبيعها حتى ...
- ١١٣ من عرف مبلغ شيء لم يبعه صبرة
- ١١٤ ان أخبره البائع بكيل ثم باعه ١١٥ لو كال طعاما وآخر ينظر اليه
- ١١٦ اذا اشترى صبرة على أن كل مكيلة منها شيء معلوم

- ١١٧ لو باع مالا تتساوى أجزاؤه ١١٨ لو باعه عبداً من عبيدين
- ١٢٠ إذا باع الأدهان في ظرفها حلة ١٢١ إن وجد في ظرف السمن ربا
- ١٢١ باب المصراة وغير ذلك وتفسيرها
- ١٢٢ إذا اشترى مصراة وهو لا يعلم ١٢٤ ان علم بالتصرية قبل حلبها
- ١٢٥ ان رضى بالتصرية فأمسكها . لو اشترى شاة غير مصراة
- ١٢٦ اذا كان المشتري ناقة أو بقرة أو شاة
- ١٢٧ اذا اشترى مصراة أو أكثر ١٢٨ كل تدليس يختلف اثثن لأجله
- ١٢٨ ان علف الشاة فلا خواصرها . اذا أراد امساك المدلس
- ١٢٩ اذا اشترى أمة ثيباً فأصابها
- ١٣٠ خيار الرد بالعيب على التراخي ١٣٢ لو اشترى مزوجة فوطئها
- ١٣٣ ان كانت بكرأ فأراد ردها — كل مبيع كان معيباً
- ١٣٥ ان كان المبيع كاتباً أو صانعاً
- ١٣٦ اذا كان البائع دلس العيب ١٣٧ معرفة العيوب
- ١٣٨ الثبوتة ليست عيباً ١٣٩ اذا اشترط المشتري في البيع صفة مقصودة
- ١٤١ الرد بالعيب ورضا البائع — لو باع المشتري بعضها ثم ظهر على عيب
- ١٤٤ من اشترى عينين فوجد بإحدهما عيباً
- ١٤٥ اذا اشترى اثنتان شيئاً فوجداه معيباً . ان اشترى حلي فضة بوزنه دراهم
- ١٤٦ ان ظهر على عيب بعد اعتاقه لها أو موتها في ملكه
- ١٤٩ ان ظهر على عيب يمكن حدوثه قبل الشراء أو بعده
- ١٥٠ ان رد المشتري السلعة بعيب فيها
- ١٥١ اذا اشترى شيئاً ما سكوله في جوفه
- ١٥٢ شراء ثوب به عيب بيع العبد الجاني
- ١٥٣ صحة بيع المرتد ١٥٤ من باع عبداً وله مال
- ١٥٥ من اشترى عبداً واشترط ماله ١٥٧ من باع سلعة بنسيئة
- ١٥٨ مسألة العينة . من باع سلعة بنقد ١٥٩ من باع طعاماً الى أجل

- ١٦٠ من باع حيوانا أو غيره بالبراقة من كل عيب
 ١٦١ من باع شيئا مراححة ١٦٢ تغير السلعة
 ١٦٤ من اشترى شيئين صفقة واحدة
 ١٦٦ من اشترى شيئا بثمان مؤجل - شراء ثوب بمبلغ
 ١٦٩ ان أخبر بتقصان من رأس ماله ١٧٠ بيع المواضع
 ١٧٢ إذا باع شيئا واختلفا في ثمنه ١٧٤ السلعة ان كانت تالفة
 ١٧٦ بيع العبد . الاختلاف في صفة الثمن
 ١٧٧ الاختلاف فيما يفسد العقد
 ١٧٨ ان مات المتبايعان . الاختلاف في التسليم
 ١٧٩ ان هرب المشتري ١٨٠ الامتناع من تسليم البيع .
 ١٨٠ بيع الابق الطائر قبل ان يصاد
 ١٨١ السمك في الاجام ١٨٢ الصيد في فم كلب لإنسان
 ١٨٤ الوكيل إذا خالف . الشراء بعين مال الأمر ١٨٥ بيع مالا يملك
 ١٨٦ بيع الملامسة والمناذرة . البيوع المنهى عنها
 ١٨٧ بيع الحل واللبن في الضرع
 ١٨٨ بيع الصوف على الظهر . بيع ما تجهل صفته
 ١٨٩ بيع الأعمى وشراؤه . بيع عصب الفحل ١٩٠ النجش
 ١٩١ سوم الرجل على سوم أخيه ١٩٣ بيع التلجئة
 ١٩٤ بيع حاضر لباد والشراء لهم ١٩٥ لبس للإمام أن يسمر على الناس
 ١٩٦ تلقى الركبان ١٩٨ الاحتكار ١٩٩ بيع العصير
 ٢٠٠ البيع في كل ما يقصد به الحرام ٢٠١ متى يبطل البيع ومتى لا يبطل
 ٢٠٥ متى يرجع البائع ٢٠٦ إن كان المبيع أمة ٢٠٧ ولد الأمة
 ٢٠٨ إذا باع المشتري المبيع الفاسد
 ٢٠٩ العربون في البيع . بعثك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا
 ٢١١ البيع بشرط التسليف أو القرض . الجمع بين عقدين مختلفي القيمة
 ٢١٢ تفريق الصفقة ٢١٤ اتجار الوصى بمال اليتيم وبيع عقاره

- ٢٢٠ تصرف الضبي ٢٢٥ بيع الكلب وقتله ٢٢٨ اقتناء الكلب
 ٢٢٩ بيع الخنزير والألسرجين والحمر ٢٣٠ بيع الفهد والصقرواخر وكل ما فيه منفعة
 ٢٢١ بيع بيض مالا يؤكل لحمه من الطير . بيع القرد والعلق ودود القز
 ٢٣٢ د النحل وجلد الميتة ولبن الادميات وبيع رباع مكة
 ٢٣٥ د المصاحف ٢٣٦ شراء الكافر مسلما
 ٢٣٧ تأجير مسلم نفسه لذى ٢٣٨ التفريق في البيع بين كل ذى رحم محرم
 ٢٣٩ الشراء ممن في ماله حرام وحلال . المشكوك فيه
 ٢٤٠ جوائز السلطان ٢٤١ بيع الماء
 ٢٤٤ ان اشترى اثناء عبدا الإشهاد في البيع
 ٢٤٥ البيع والشراء في المسجد

(باب السلم)

- ٢٤٦ السلم في كل ما ضبط بصفة ٢٤٨ السلم في الخبز واللبا والنشاب والنبيل
 د د د الحيوان وفي غيره ٢٥٠ السلم في الرموس والاطراف والجلود واللحم
 ٢٥٢ وصف البر والعسل والحيوان ٢٥٤ ضبط الثياب
 ٢٥٥ وصف الفزل والمعادن
 ٢٥٦ الخشب والحجارة والعنبر . الكيل والوزن والعدد
 ٢٥٨ ما عدا المكيل والموزون والحيوان والمزروع . الأجل المعلوم بالآهلة
 ٢٦٢ الوجود عند محله ٢٦٤ قبض الثمن وقت السلم
 ٢٦٦ الدرامم مستحقة والثمن معين . السلم في طعام الى أجل .
 د عدم شيء من الأوصاف ٢٦٧ كل ما لين حرم النساء فيهما
 ٢٧٠ بيع المسلم فيه قبل قبضه ٢٧٢ الاقالة في المسلم فيه
 من أسلم في جنسين ثمنا واحدا
 ٢٧٣ من أسلم في شيء واحد . إذا لم يمكن السلم فيه كالحديد والرصاص
 ٢٧٥ إذا جاءه بالأجود ٢٧٦ أخذ رهن أو كفيل من المسلم اليه
 ٢٧٨ الاعيان المضمونة ٢٧٩ الاختلاف في حلول الأجل

(باب القرض)

- ٢٨٠ من يصح القرض ؟ ٢٨١ للقرض المطالبة ببذله
 ٢٨٢ قرض المسكين والموزون ٢٨٣ قرض بني آدم
 ٢٨٤ د . دراهم غير معروفة الوزن . رد المثل في المكيل والموزون
 ٢٨٥ قرض الخبز . كل قرض شرط فيه أن يزيده ٢٨٧ كل قرض من غير شرط
 ٢٨٨ القرض والوديعة ٢٨٩ لو أفلس الغريم . القرض والابتیاع
 ٢٩١ قرض ما لحله مؤنة . ان أقرض ذمی ذمیاً خيراً

(كتاب الرهن)

- ٢٩١ أحوال الرهن ٢٩٢ متى يصح الرهن ؟ ٢٩٥ لو حجر على الراهن لفلس
 ٢٩٦ استدامة القبض ، المرتن وقبض الرهن
 ٢٩٧ القبض فيه من وجهين ، رهن السهم المشاع
 ٢٩٨ رهن دار ، رهن مال له في يد المرتن عارية
 ٢٩٩ إذا رهنه المضمون ٣٠٠ التوكيل في قبض الرهن
 ٣٠١ ان رهنه عينين فنقلت إحداها ، ان رهنه داراً فأنهدمت
 د . كل عين جاز بيعها جاز رهنها ٣٠٢ رهن بعض النصيب
 رهن المرتد والقاتل والخافى ٣٠٣ رهن المدبر في طاهر المذهب
 ٣٠٤ رهن المكاتب - من علق عتقه بصفة - رهن الجارية أدون ولدها
 رهن ما يسرع اليه الفساد
 ٣٠٥ رهن العصير ٣٠٦ رهن الثمرة ٣٠٧ رهن المصحف
 ٣٠٩ فك المعير الرهن - استعارة عبد لرهنه
 ٣١٠ رهن مالا يصح بيعه ٣١١ رهن سواد العراق والمجهول - رهن العبد
 ٣١٢ رهن المبيع في مدة الخيار - رهن ثمرة شجر يحمل في السنة حملين
 رهن منافع الدار ٣١٣ رهن الوارث تركه الميت
 إذا قبض الرهن من تشارطاً أن يكون على يديه
 ٣١٤ نقل الرهن ٣١٥ الرهن على يد عدل ٣٢١ رهن مال من أوصى اليه بحفظ ماله
 ٣٢١ أخذ الرهن بمال اليتيم - حكم المكاتب

- ٣٢٢ لو كان مال اليتيم رهنا . لو أوصى إلى رجل بقضاء دينه فرهن شيئا
إذا قضاه بمض الحق . إذا أعتق الراهن عبده المرهون
- ٣٢٤ إن تصرف الراهن بغير العتق
- ٣٢٥ وطء الراهن أمته المرهونة . الجارية إذا أولدها الراهن
- ٣٢٦ إن كان الوطء بإذن المرتن ٣٢٩ إذا جنى العبد المرهون
- ٣٣٤ إن جرح العبد المرهون أو قتل
- ٣٣٦ إذا أقر الرجل بالجناية على الرهن . لو كان الرهن أمة حاملا
- شراء السلعة برهن شيء من المال أى يتحمل حمل وتفسير الحمل
- ٣٣٨ تعيب الرهن ٣٣٩ لو لم يشترط رهنا في البيع . إذا تباعا بشرط
- ٣٤١ الشروط في الرهن ٣٤٤ لا ينتفع المرتن من الرهن بشيء
- ٣٤٥ انتفاع المرتن بالرهن ٣٤٦ غير المحلوب والمركوب
- ٣٤٧ غلة الدار وخدمة العبد وحل الشتاء وثمرة الشجرة المرهونة
- ٣٤٤ ما يتبع الرهن ٣٥٠ اصلاح الراهن الرهن ، مؤنة الرهن على الراهن
- ٣٥١ احتياج الرهن الى اصلاح ٣٥٤ تلف الرهن
- ٣٥٥ الرهن عند قضاء الحق ٣٥٦ الاختلاف في القيمة
- ٣٥٩ قبض العدل غصب العبد واستعارته
- ٣٦٠ إذا رهن عينا عند رجلين ٣٦١ بيع الرهن بعد حلول الحق وقبله
- ٣٦٣ المرتن أحق بضمن الرهن ٣٦٤ الافلاس بعد البيع
- ٣٦٤ الرهنون التي لا يعرف أصحابها

(كتاب المفلس)

- ٣٦٥ إذا أفلس الحاكم رجلا ٣٦٧ خيار الرجوع
- ٣٦٨ شراء المفلس بعد ثبوت الحجر
- ٣٦٩ افلاس المقرض — ان كانت السلعة قد تلف بعضها
- ٣٧٠ نقص مالية المبيع ٣٧٢ من اشترى شيئا غلطه
- من اشترى حنطة فزرعها أو طحنها ٣٧٣ من اشترى ثوبا أو صبغا

- ٣٧٥ الزيادة المتصلة في المبيع ٢٧٦ الزيادة المتصلة في المبيع
- ٣٧٧ من اشترى أمة حاملا ثم أفلس ٧٨ اذا كان المبيع نخلا فأفلس المشتري
- ٣٨٠ اذا أقر الغرماء بأن الزرع للبائع ٨١ ان صدق المفلس البائع في الرجوع
- ٣٨٢ ان كان المبيع أروافبناها المشتري ٨٤ اذا اشترى غراسا فغرسه ثم أفلس
- ٣٨٥ قبض البائع شيئا من الثمن ٨٦ تعلق حق الغير
- ٣٨٧ خروج المبيع من الملك . ان كان المبيع شقصا مشفوعا
- ٣٨٨ افلاس المشتري والبائع محرم . رجل باع طعاما نسيته
- رجوع البائع في المبيع ٣٨٩ من وجب له حق بشاهد
- اذا كان على المفلس دين مؤجل ٣٩٠ من مات وعليه دين
- ٣٩١ ما يفعله المفلس في ماله قبل أن يقفه الحاكم
- ٣٩٣ تصرف المفلس بعد الحجر ٩٤ اعتاق المفلس بعض رقيقه
- اظهار الحجر - ان ثبت عليه حق بينة
- ٣٩٥ لو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر . الاتفاق على المفلس
- ٣٩٦ كفن المفلس ٩٧ بيع الدار التي لا غنى عن سكانها
- ٣٩٩ لو كان المفلس ذا صنعة
- ٤٠٠ تلف مال المفلس تحت يد الأمين . تقسيم مال المفلس
- اذا فرق مال المفلس وبقيت عليه بقية
- ٤٠٢ الجبر على قبول هدية أو صدقة الخ
- ٤٠٣ اذا فرق مال المفلس فهل ينفك الحجر ؟
- ٤٠٤ من وجب عليه حق فذكر أنه معسر
- ٤٠٦ اذا مات فتبين أنه كان مفلسا ٤٠٨ من أراد سفرا وعليه حق
- (كتاب الحجر)
- ٤٠٩ من أونس منه رشد ٤١٢ البلوع ٤١٥ الجارية اذا بلغت
- ٤١٦ تصرف المرأة الرشيدة ٤١٧ صدقة المرأة من مال زوجها
- ٤١٨ الرشد الصلاح في المال ٤٢٠ من عاوده السفه

- ٤٢٢ من عامله بعد ذلك - الحكم في الصبي والمجنون
 ٤٢٣ إقرار المحجور عليه بما يريد حب حداً أو قصاصاً
 ٤٢٤ أن خال المحجور عليه أو أعتق - زواجه وتدييره ووصيته
 ٤٢٥ إقراره بنسب ولد - إقراره بدين
 ٤٢٦ إذا أذن ولي السفينة له في البيع والشراء

(كتاب الصلح)

- ٤٢٧ ما هو الصلح ٤٢٩ أن صلح عن المنكر أجنبي
 ٤٣١ وكالة الأجنبي في المصالحة ٤٣٢ من اعترف بحق فصالح على بعضه
 ٤٣٥ من ادعى على رجل يتا فضالحه على بعضه
 ٤٣٦ إذا ادعى زرعاً في يد رجل ٧ - إذا حصلت أغصان شجرته في هو أملاك غيره
 ٤٣٩ كل ما امتد من عروق شجرة إلى أرض جار
 ٤٣٩ الصلح على المؤجل والمجهول ٤٤١ ما يمكن معرفته وما يجوز أخذ العوض عنه
 ٤٤٢ الصلح على القصاص ٤٤٣ الصلح على موضع قناة
 ٤٤٤ الصلح على إجراء ماء ٤٤٥ الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه
 ٤٤٦ أن ادعى على رجل أنه عبده - لو صلح شاهدها على أن لا يشهد عليه
 ٤٤٧ لا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحاً ٤٤٨ البناء في الطريق
 ٤٤٩ إخراج الميازيب ٥٠ فتح طاق أو باب في الحائط المشترك
 وضع خشبة في الحائط المشترك ٥١ وضع الخشب في جدار المسجد
 ٥٢ البناء على حائط الجار ٥٤ إذا ادعى رجل دار في يد أخوين
 إذا تداعى نفسان جدار معقوداً ٥٨ لو تنازعا مسقاة بين نهر وأرض
 ٦٠ أن لم يكن بين المالكين حائط قديم
 ٦١ هدم الحائط - أن كان بينهما ما يحتاج إلى عمارة
 ٦٢ إذا كان لرجلين بابان في زقاق ٦٢ إذا كان لرجل داران متلاصقان
 ٦٤ إذا تنازع صاحب البابين - تصرف الرجل في ملكه تصرفاً يضر بجاره
 ٦٥ عرصة الحائط وسطح المنزل ٦٧ قسمة الحائط

(كتاب الحوالة والضمان)

- ٤٦٨ من أحيل بحقه على من عليه مثله
 ٤٧٠ أن أحال من لا دين له عليه رجلا على آخر له عليه دين
 أن تكون الحوالة بمال معلوم ٤٧١ أن يحيل برضائه
 ٤٧٣ من أحيل بحقه على مليء ٤٧٤ أن أحال بألف فأحال بها على آخر
 أن أحال المشتري البائع بائناً في عبد ٤٧٥ الاذن لآخر في قبض الدين
 ٤٧٧ أن اتفقا ثم اختلفا في الاحالة ٤٧٩ أن كان عليه ألف ضمنه رجل
 (باب الضمان)
 ٤٨٠ من ضمن عنه حق بعد رجوعه ٤٨١ لا يعتبر أن يعرفها الضامن
 د أحكام الضمان ٤٨٣ ما يصح ضمانه ٤٨٦ من يصح ضمانه ومن لا يصح
 ٤٩٠ إذا ضمن ديناً مؤجلاً عن انسان فمات أحدهما
 د لا يرأ المضمون عنه الا بأداء الضامن
 ٤٩٢ لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، ان أبرأ صاحب الدين المضمون عنه
 ان ضمن الضامن ضامن آخر ٤٩٤ متى أدى رجع عليه
 ٤٩٥ متى وكيف يرجع الضامن على المضمون عنه ؟
 ٤٩٧ ادعاء الضامن أنه قضى الدين ٤٩٨ لا يدخل الضمان والكفالة خيار
 ضمان الاشتراط ٤٩٩ من كفل بنفسه
 ٥٠٠ تصح الكفالة بيد كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم
 ٥٠١ متى تصح الكفالة وكيف ؟
 ٥٠٢ الكفالة الى أجل مجهول - لو تكفل اثنان بواحد - لو تكفل واحد لاثنين
 ٥٠٦ ان مات برى المتكفل ٥٠٧ الإبراء من الكفالة
 ٥٠٨ الماء متاع بعض ركاب السفينة في البحر لتخضع

(تم فهرس الجزء الرابع من المغني)

مُشْكَلَاتُ الْقُرْآنِ

ومشكلات الأجداد

أو التوفيق بين النصوص المتعارضة

يَقْظِنُ وَالْمِثْلُ لِعَيْتَبِكُ
مما ورد في ذكر النار وأصحاب النار
والنمل لكل واحد ١٠ قرشا

صحة الأصول
مَنْ هَبَّ هَبَّ هَلْ أَمْلَأَ يَنْتَ
شيخ الإسلام ابن تيمية

(نسخة ١٠ قرون)

